



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO DO
JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÉGIDE DO
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade de Direitos Fundamentais

Maria Adelina Faciola Pessôa de Oliveira
Dissertação sob orientação do Professor Doutor Jaime Valle

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

**A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO
DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÉGIDE DO
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Maria Adelina Faciola Pessôa de Oliveira

Orientador: Professor Doutor Jaime Valle

Dissertação de Mestrado apresentada a
Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa como parte da exigência para obtenção
do título de Mestre em Direito – Perfil Ciências
Jurídicas, especialidade de Direitos
Fundamentais.

LISBOA

2021

DEDICATÓRIA

Com todo o carinho e uma enorme saudade, dedico
essa obra a tia Teté, minha maior referência de amor
e entrega aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais Paulo e Silvia, responsáveis por qualquer uma das minhas conquistas. Muito do que eu tenho em mim, devo ao amor incondicional que sempre recebi. Aos meus irmãos Gabriela, Philippe, Carolina e Hermínio por serem a parte mais bonita da minha história. À minha prima Leinha, inspiração desde sempre, em quem eu encontro afeto e palavras de incentivo;

Aos meus afilhados Miguel e Théo, por me ensinarem a amar mais do que eu imaginava ser possível;

Ao Professor Doutor Jaime Valle, pelas aulas ministradas, pelos ensinamentos acadêmicos e pelas valiosas contribuições dadas a essa pesquisa;

À Maria Mariana, amiga do coração por quem eu tenho carinho e admiração enormes. Eu jamais vou conseguir agradecer o apoio e a torcida a mim destinados desde o primeiro momento. Àqueles que foram meu lar quando eu estava longe de casa: Thaissa, Alcir, Marco e Pedro.

À Nara, Adriana, Vanessa, Laura, Raphaela, Suzana, Diego e Pedro, grandes amigos que preencheram meus dias de amor e que tornaram inesquecíveis os momentos vividos em Lisboa. Aos queridos Luiz Ricardo, Rocha e Henrique, pessoas especiais que levarei para a vida.

Aos meus amores Natasha e Samia, sem elas, nada disso seria possível. À Marcela Lima, por ser meu equilíbrio, meu chão e minha certeza. Às minhas amigas Lais e Joana por estarem sempre por perto. Aos companheiros Paulo André, Zé e Yuri, com quem divido lutas e sonhos.

Aos amigos da Procuradoria Geral do Estado do Pará, em especial, Yasmim, Rogério, Fabiana, Shirley, Samila, Vinicius, Matheus, Leonardo, Paulão, Camila e Marcela. Obrigada por todo o apoio, pela parceria e por me fazerem feliz todos os dias.

RESUMO

A presente pesquisa se propõe a investigar o ativismo judicial. Trata-se de um fenômeno amplamente debatido no contexto atual e que ganha relevância principalmente quando envolve a concretização dos direitos fundamentais. Assim como a judicialização da política – temática que também será abordada -, o ativismo não se faz presente apenas na realidade brasileira. As raízes desse instituto encontram sua origem no Constitucionalismo norte-americano. A Carta Magna Brasileira de 1988 inseriu no ordenamento jurídico uma série de direitos e garantias. Baseados no princípio da supremacia da Constituição, muitos magistrados assumem um papel de protagonista visando a efetivação dos valores e fins constitucionais. Essa conduta proativa do Poder Judiciário, por vezes, pode resultar numa maior ingerência na esfera de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Esse estudo terá como guia a possível colisão entre o posicionamento ativista dos juízes na garantia dos direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes. Para tanto, o foco principal da investigação se dará no âmbito das decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. Esse estudo utiliza-se de uma metodologia qualitativa, com pesquisas baseadas em doutrinas nacionais e estrangeiras, assim como artigos científicos, legislações e jurisprudências acerca do assunto em tela.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Separação de Poderes. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This research aims to investigate judicial activism. It is a phenomenon widely debated in the current context and it gains relevance mainly when it involves the realization of fundamental rights. As the political judicialization- a theme also to be addressed in the present work- activism is not present only in the Brazilian reality. The roots of this institute are traced to North American Constitutionalism. The 1988 Brazilian Magna Carta inserted a series of rights and guarantees into the legal system. Based on the principle of supremacy of the Constitution, many magistrates assume the role of a protagonist, aiming at the realization of constitutional values and purposes. This proactive conduct adopted by the Judiciary can sometimes result in greater interference in the sphere of action of the Legislative and Executive branches. This study will be guided by the possible collision between the activist position of judges in guaranteeing fundamental rights and the principle of the separation of powers. For that, the main focus of the investigation will be within the scope of the decisions made by the Supreme Court. This study uses a qualitative methodology, with research based on national and foreign doctrines, as well as scientific articles, laws and jurisprudence on the subject at hand.

Keywords: Fundamental Rights. Judicial Activism. Political Judicialization. Separation of Powers. Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
<i>CAPÍTULO 1. A ANÁLISE INICIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: UMA RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PODERES CONSTITUÍDOS.....</i>	4
1.1 A Constituição Federal como norma jurídica	4
1.2 Os poderes constituídos constitucionalmente.....	10
1.3 A vinculação dos três poderes à Constituição	14
1.4 Perspectivas gerais acerca do Estado de direitos fundamentais	24
1.5 Direitos fundamentais e a supremacia da Constituição	29
1.6 Dois conceitos relevantes: Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível.....	32
<i>CAPÍTULO 2. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: A PROMISSORA RELAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.</i>	48
2.1 Preliminarmente: conceito e características do ativismo judicial.....	48
2.2 Ativismo judicial e judicialização da política no contexto brasileiro.....	53
2.3. Criação Normativa e Limites do Poder Judiciário	62
<i>CAPÍTULO 3. ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SEPARAÇÃO DE PODERES E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RECENTE</i>	65
3.1. Breve Histórico do Supremo Tribunal Federal: da Autolimitação ao Ativismo Judicial.....	65
3.2. Supremo Tribunal Federal e a sua função política	70
3.3 De volta à Dworkin: um olhar sobre a justiça constitucional e a defesa da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal.....	73
3.4. Limites do exercício da função política do Supremo Tribunal Federal.....	77
3.5. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais: entre a necessidade e os riscos	79
3.6. A busca pela releitura entre a separação e interdependência entre as funções dos poderes constitucionais.....	85
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que a Carta Magna Brasileira de 1988 - também chamada de Constituição Cidadã - priorizou um Estado Democrático de Direito, com a consequente consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento constitucional de direitos fundamentais.

Houve um tempo em que o Direito Constitucional e a aplicabilidade de suas normas pairavam apenas no campo das ideias, de uma abstração quase filosófica. O cenário é outro. Hoje, está sedimentada a concepção de um Direito Constitucional positivo, normativo, dotado de efetividade.

A valorização desses direitos fundamentais é resultado da atuação dos movimentos sociais e constitucionais do século passado. Um marco importante foi justamente a Segunda Grande Guerra, a qual foi marcada pelas sucessivas violações de direitos de toda ordem.

A exaltação dessas garantias se apresenta como a ideologia vitoriosa do direito constitucional humanitário. Sendo assim, confutar a vigência dessas normas, principalmente àquelas que pregam os direitos e garantias fundamentais, seria como negar efetividade aos direitos humanos, o que configuraria um retrocesso sem precedentes.

Não se trata, portanto, de uma obrigação apenas moral, mas sim de uma imposição legal traduzida em um comando cogente e coercitivamente assegurável.

Nesse contexto em que os direitos fundamentais ocupam um local de destaque, emerge o fenômeno do ativismo judicial. Valendo-se do princípio da supremacia da Constituição, muitos magistrados adotam uma posição proativa para possibilitar a concretização dessas garantias previstas no texto normativo.

O ativismo judicial - assim como a judicialização da política - não constitui um evento exclusivo da realidade brasileira. Inclusive, suas origens remontam à jurisprudência norte-americana.

Em suma, a concepção de ativismo judicial está intimamente ligada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na efetivação dos valores fins constitucionais. Essa postura de protagonista assumida pelos magistrados acaba por ocasionar uma maior interferência no campo de atuação dos demais poderes.

Dito isso, tal situação pode gerar uma tensão entre a efetiva divisão dos poderes imposta pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de efetivação – sobretudo pelo Judiciário - desses direitos e garantias elencados no diploma legal supracitado.

No que tange a separação de poderes, em contraste com o ativismo judicial, o foco encontra-se justamente no avanço do Poder Judiciário na direção das competências reservadas expressamente ao Executivo e ao Legislativo, com a consequente alteração da engenharia traçada pela própria Carta Magna.

A presente pesquisa visa investigar o ativismo judicial no cenário brasileiro quando da efetivação dos direitos fundamentais e de que forma essa proatividade dos magistrados pode comprometer o princípio da separação de poderes.

Dentre as diversas e valiosas abordagens que podem versar sobre o assunto em questão, esse estudo optou por se estruturar em três partes.

O primeiro capítulo focará numa análise inicial da Constituição Federal de 1988. A proposta é relacionar os direitos fundamentais e os poderes constituídos. Para isso, irá trazer o conceito de norma jurídica sob a ótica de vários juristas, além de discorrer acerca dos três poderes constitucionalmente constituídos.

Tratar-se-á também dos direitos fundamentais e sua evolução histórica, fazendo um paralelo entre sua efetividade e o princípio da supremacia da Constituição. Por fim, apresentar-se-ão dois conceitos de assumida relevância na discussão dessa pesquisa: o de direitos fundamentais sociais e a sua relação com a concepção de reserva do possível.

Com as bases fundamentadas e os conceitos necessários para um maior aprofundamento, o segundo capítulo passa a relacionar o Poder Judiciário com a efetividade constitucional, apresentando a promissora relação entre ativismo judicial e a efetivação de direitos fundamentais. Neste ponto, a problemática tem como objeto verificar qual o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, será realizada uma análise acerca do conceito de ativismo judicial e das suas características básicas, além de desenvolver aqui questões sobre a judicialização da política, com uma análise especialmente voltada a realidade do Supremo Tribunal Federal no Brasil, justificada pela quantidade de expressões da judicialização da política e de manifestações judiciais do ativismo.

Nesse contexto, também será abordada a relação sobre a criação normativa do juiz, a interpretação judicial e os limites do Poder Judiciário no exercício dessa atividade criativa, na

tentativa de enquadrar uma solução que equilibre a inescapável criação normativa da função decisória sem ultrapassar a linha tênue.

No terceiro e último capítulo, considerou-se pertinente realizar, na construção feita até aqui, uma relação entre o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal o princípio da separação de poderes e a experiência brasileira recente.

A pesquisa busca analisar a origem do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, considerando a origem da teoria da separação de poderes e a possibilidade de sua flexibilização para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Também será feita uma breve análise da concepção de Ronald Dworkin acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no exercício da função política.

Analisar-se-á, por fim, quais são os limites do exercício da função política para definir a separação entre a necessidade do ativismo judicial como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais e o seu risco para a estabilidade democrática. A partir daí, na busca para alcançar o resultado pretendido nessa pesquisa será, necessário ainda estabelecer uma releitura entre a separação e a interdependência entre as funções dos poderes constitucionais.

CAPÍTULO 1. A ANÁLISE INICIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: UMA RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PODERES CONSTITUÍDOS

1.1 A Constituição Federal como norma jurídica

Em busca de uma melhor compreensão acerca do tema do presente estudo – “O ativismo do judiciário brasileiro e a efetivação de direitos fundamentais: uma análise sob a égide do princípio da separação de poderes” -, se faz importante o exame de conceitos jurídicos diversos. Entre eles encontra-se o de “constituição como norma jurídica”, assunto esse amplamente debatido por vários juristas¹.

Antes de adentrar propriamente nessa discussão, é relevante destacar que o século XIX foi marcado por uma intensa produção de leis. É o chamado Estado Legislativo². Por mais paradoxal que possa parecer, isso acabou por prejudicar a legalidade, a legitimidade e o direito ao invés de incentivá-los. Nesse contexto, quanto maior o número de leis, mais ilegalidade existe³.

Justamente desse movimento que consiste na troca da soberania do Estado pela soberania da Constituição é que surge a denominada supremacia constitucional. A Constituição é encarada como uma lei superior e fonte de produção jurídica de outras normas. Tem em si própria o seu fundamento de validade e, como consequência disso, todos os atos dos poderes políticos precisam estar de acordo com o preceituado na Carta Magna⁴.

Dito isso, entende-se que a Constituição é decorrente dos fenômenos constitucionalistas francês, inglês e estadunidense. O constitucionalismo, enquanto movimento, se deu com o intuito de tentar limitar o poder estatal e, desse modo, assegurar os

¹ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte, 2011. p. 33.

² ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal*. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016. p. 20.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. A lei, o direito e a Constituição. Traduzido por Antonio Rocha. Disponível em: <http://tribunalconstitucional.pt/tc/textos>. Acesso em 03 de março de 2020.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1147.

direitos fundamentais. Com isso, almejava a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades, além da organização político-social da comunidade⁵.

Partindo do entendimento de constituição como norma, assunto ora abordado nesse capítulo, se faz mister trazer ao debate os apontamentos e provocações de diversos juristas contemporâneos em torno da matéria⁶.

Hans Kelsen é um dos que trata dessa temática. Para tal doutrinador, a norma estatui um mandamento, constitui um preceito. Configura, desse modo, uma conduta humana a ser seguida por todas as pessoas, um ato volitivo, um dever-ser⁷.

Para tanto, estabelece uma dinâmica jurídica que envolve o chamado “escalonamento piramidal”. Na teoria kelsiana, o fundamento de validade de uma norma somente pode ser a validade de outra norma. É onde entra o supracitado escalonamento. E explica: uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como uma norma superior justamente em razão do confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

Nesse panorama, Hans Kelsen entende que a Constituição é norma jurídica suprema e deve ser obedecida porque há uma norma fundamental pressuposta. Seguindo essa linha, o fundamento de validade da norma constitucional é a intitulada norma hipotética fundamental. Essa, por sua vez, não é uma norma colocada no universo jurídico por uma autoridade. A ela, não se concede nenhum embasamento metafísico⁸.

Ainda sobre a norma hipotética fundamental, o jurista austríaco, em sua obra, discorre o seguinte:

Dizer que a norma hipotética fundamental é pressuposta não significa atribuir a ela qualquer fundamento transcendental, mas apenas que não é uma norma posta no direito por uma autoridade jurídica, mas uma norma que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo, ou seja, obrigatório, como premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, sendo uma norma apenas pensada e como tal não é uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente⁹.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 55.

⁶ No Brasil, por exemplo, tal discussão sobre a Constituição, sua validade e efetividade – em especial no que se refere àquelas que versam sobre direitos fundamentais –, ganhou destaque com o advento da redemocratização.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. João Batista Machado (Trad.). Coimbra: Armênio Amado Editor, 2003.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 3 e 12.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 3 e 12.

E reitera essa visão sobre a norma hipotética fundamental ao afirmar:

Ela própria não é uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por autoridade superior¹⁰.

A partir dessa análise, pode-se concluir que para Hans Kelsen existe uma norma hipotética fundamental pressuposta a qual é o alicerce do conceito de Constituição no sentido lógico-jurídico, não um pacto social como leem os estudiosos da corrente jusnaturalista¹¹.

Para finalizar, nesse diapasão, destaca-se que o referido jurista ainda classificava a Constituição em dois sentidos: o material e o formal. De maneira bem sintética, o primeiro deles abarca as regras reguladoras da criação das normas jurídicas gerais. Já o sentido formal entende a Carta Magna como um documento solene, um texto aprovado pela força soberana do Estado. Sua elaboração deve obedecer a uma forma e sua alteração somente poderá ser realizada mediante procedimentos específicos e mais dificultosos¹².

Já na concepção política da Constituição, defendida por Carl Schmitt na obra “Teoria da Constituição”, o alicerce da Constituição repousa na chamada decisão política fundamental, a qual fica restrita unicamente à estrutura do Estado e aos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata da decisão concreta sobre o modo e a forma de existência da unidade política. Representa o resultado da vontade política fundamental do Poder Constituinte originário quanto aos temas ligados à estruturação do Estado¹³.

A partir dessa concepção, distingue a Constituição das normas constitucionais. Em apertada análise, para o doutrinador em tela, existiriam no texto constitucional normas com maior importância por versarem sobre questões acerca da organização do Estado e seus poderes, dos direitos e garantias fundamentais. Esse não seria o caso das leis constitucionais, visto que essas, por tratarem de temática diversa da abordada na decisão política fundamental, não gozariam da mesma relevância.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito...* p. 275.

¹¹ VITÓRIO, Teodolinda Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...*p. 34.

¹² ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...*p. 22.

¹³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 47 apud ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial: um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal*. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016. p. 22.

Diante disso, pode-se extrair que Carl Schmitt aquilata a unidade política do povo consolidada no poder constituinte. Nesse viés, a politização da justiça teria o condão de elevar sobremaneira o Judiciário ao posicioná-lo em patamar superior ao legislador e à própria lei¹⁴.

Já Ferdiand Lassale aborda o sentido sociológico de Constituição. De acordo com o jurista, existem na sociedade duas espécies de Constituição: uma real, a qual corresponde a soma dos fatores reais de poder e uma escrita, que tem sua validade condicionada a sua adequação a primeira modalidade supracitada¹⁵.

Nesse contexto, conjecturava que a soma dos fatores reais de poder atribuída a Constituição real era resultado da força dos grupos dominantes. Ao aventar o assunto, destacou:

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que rege um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição, com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração de que o senhor Borsig, o industrial, a nobreza, o povo são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma; não, isto se define de outra maneira mais limpa, mais diplomática¹⁶.

Por fim, ainda recrimina: “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder”¹⁷.

Adepto do método concretista, Konrad Hesse acredita que apenas se deparando com um problema concreto é que o texto constitucional será idealmente interpretado e totalmente entendido. Assevera também que é isso que garantirá a solidificação e preservação da força normativa da Constituição¹⁸.

Peter Häberle traz um conceito inovador. Defende a ideia da Constituição como processo público, “Constituição Aberta” ou “Sociedade Aberta dos Intérpretes da

¹⁴ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 22.

¹⁵ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Walter Stonner (Trad.). São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993. p. 68.

¹⁶ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma...* p. 68.

¹⁷ Segundo Lassale, a Constituição consiste numa lei fundamental a qual é irradiada através das outras leis que compõem o ordenamento jurídico. Para esse doutrinador, existe uma “força ativa” atuando na sociedade. São justamente os “fatores reais de poder”. Da feita que esses fazem parte da Constituição, adquirem o condão de criar as instituições jurídicas, ou seja, a Constituição real. Dai se conclui que há uma multiplicidade hermenêutica da norma constitucional advinda justamente dessa multiplicidade de influências sofridas por ela.

¹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

Constituição, entendendo ser “potencialmente vinculada a todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”¹⁹.

Marcelo Rebelo de Sousa encara a Constituição como expressão de valores indispensáveis à vivência coletiva. A ela atribui uma realidade multidimensional. Nesse rol, elenca quatro dimensões, quais sejam: a) normativa, enquanto uma gama de princípios e regras de Direito; b) volitiva, no sentido de ato do poder político do Estado; c) axiológica, no que tange a pauta de valores e, por fim, d) estrutural, que tem relação justamente com a projeção dos arcabouços sociais, culturais e econômicas da coletividade e com a atuação da Constituição sobre essas estruturas²⁰.

Acerca da temática ora estudada, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que a Constituição é a lei suprema de um Estado, que a todos os seus órgãos vincula. Não se deve questionar sua juridicidade, vinculatividade e atualidade. Além disso, censura a ideia – ultrapassada, na sua visão - de que as normas constitucionais seriam um mero concentrado de princípios políticos²¹.

O doutrinador também faz uma crítica a concepção do texto constitucional como simples estatuto jurídico de repartição do poder do Estado e de garantia dos direitos e liberdades. Canotilho entende que a Constituição vai além desse campo e que sua força normativa alcança terrenos de ordem econômica e social. Expande-se até domínios que tradicionalmente não adentrava ou em relação aos quais costumava ser encarada apenas como “mensagem” ou mesmo “utopia”. Conclui que a Constituição é lei fundamental dos direitos, liberdades e garantias, assim como também dos direitos econômicos, sociais e culturais²².

O doutrinador Luiz Moreira traz uma reflexão interessante ao abordar o seu conceito de “Constituição como simulacro”²³. Sob essa perspectiva, o autor expõe que as Constituições

¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13.

²⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais*. In: X Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030214.html?impressao1>. Acesso em 15 de março de 2020.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 43.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição...* p. 43.

²³ MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 93.

atuais se legitimam por meio de um ato fundador. Esse, por sua vez, se traduz no poder constituinte e é normalmente desempenhado por uma assembleia²⁴.

É justamente desse processo, de acordo com a visão o jurista supracitado, que emana uma simulação. Tal denúncia incide na tentativa de transformar um consenso acerca da forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, que é fruto de um determinado momento histórico em algo temporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão inconteste e necessária a tal estrutura²⁵.

Há quem analise a aceção de Constituição sob a ótica conteduística. Nessa perspectiva, para distingui-la das leis, traça-se um paralelo com as noções de regras e princípios. Esse é o olhar de Gustavo Zagrebelsky.

Para ele, a Constituição carrega em seu bojo uma gama de princípios e regras, além das garantias constitucionais. As leis não. Afirma que normas legislativas tem a natureza prevalentemente de regras. Em contrapartida, as constitucionais sobre direitos e sobre justiça são prevalentemente princípios²⁶.

Gustavo Zagrebelsky defende que as regras se submetem ao critério hermenêutico do “tudo ou nada”, estabelecendo um modelo de conduta, que indica uma proibição ou uma permissão. Com isso, há uma estipulação de qual postura o sujeito deve ter na sociedade. Já em relação aos princípios, a lógica seria outra. Por possuírem um caráter plurissignificativo, exercem um papel constitutivo no ordenamento jurídico. Proporcionam critérios para tomar posição ante situações concretas, mas que, num primeiro momento, se mostram indeterminadas²⁷.

²⁴ Em sua obra “A constituição como um simulacro”, afirma que a assembleia realiza o desígnio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional o qual terá preponderância sobre todo o sistema jurídico. Disso, infere-se que sob a assembleia constituinte repousa o poder de prescrever normas e ordenar as condutas.

²⁵ MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro...* p. 93.

²⁶ ZAGREBELKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992. p. 147.

²⁷ Para efeito de registro - já que essa não é a temática central do presente estudo – existe uma vasta discussão acadêmica em torno das diferenças entre regras e princípios. Em razão da grande relevância do assunto, são muitos os juristas que discorreram sobre o tema. Dentre aqueles que defendem uma separação rígida entre as espécies normativas, nomes como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero deram grande contribuição ao debate. Pode-se afirmar que o pensamento a partir de princípios teve sua origem nos debates desenvolvidos nas doutrinas alemã e anglo-saxônica. Na Alemanha, Jossef Esser e Karl Larenz e seus estudos serviram de inspiração para a distinção funcional entre regras e princípios adotada por Alexy. Paralelamente a isso, nos Estados Unidos, as concepções de Roscoe Pound foram de grande valia, constituindo então precedentes da distinção lógica ou qualitativa de Dworkin.

Conforme demonstrado, muitos são os doutrinadores que discorrem sobre o assunto. Com base nas mais diversas contribuições propostas, pode-se inferir que a Constituição deve ser entendida como uma norma fundamental e superior as demais. Irradia em todo o ordenamento jurídico preceitos a serem seguidos. Carrega consigo direitos fundamentais, assim como normas de estrutura do Estado, tratando da repartição de competências e dos poderes constituídos. Tem a função de preservar o equilíbrio e organização do Estado, além de promover a dignidade da pessoa humana, consubstanciada na concretização desses direitos e garantias. Importante destacar que as normas constitucionais devem fazer isso tudo sem esquecer de delinear os limites do poder do referido ente²⁸.

Por fim, é necessário entender que o texto constitucional não pode ser encarado como algo engessado ou um mantra. Para que ele atenda a finalidade almejada no sentido de persecução de uma jurisdição realmente constitucional, se faz imperioso que haja interpretação e argumentação no momento de ser aplicado²⁹. Conforme já foi ventilado, existem regras e princípios que norteiam todo o ordenamento. Algumas dessas normas precisam então da atuação complementar do legislador para dar efetividade ao seu texto. Tais preceitos também dependem do Executivo para que sejam implementadas as políticas públicas relacionadas à materialização dos direitos lá estipulados³⁰.

1.2 Os poderes constituídos constitucionalmente

Para o entendimento do presente tópico, é primordial compreender a relação existente entre os poderes constituídos constitucionalmente e o denominado Poder Constituinte. Nesse sentido, Emmanuel Joseph Sieyès destacou a diferença basilar que existe entre o poder que cria a Constituição – qual seja o Poder Constituinte – e os outros poderes constituídos³¹, os quais constituem os órgãos e as funções criados pela Constituição³².

Sem dúvidas, o assunto Poder Constituinte ganha enfoque quando o estudo é Teoria da Constituição. Trata-se de um dos itens de maior importância no âmbito do Direito Constitucional, o que torna sua compreensão algo indispensável na esfera jurídica.

²⁸ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo...* p. 27

²⁹ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...* p. 39.

³⁰ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo...* p. 27

³¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Qu'est-ce que letierséat?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 124.

³² Nesse caso, estão incluídos os três poderes trazidos no art. 2 da Constituição Federativa do Brasil.

Por isso, se faz necessário trazer à tona o conceito desse instituto, assim como sua origem. É relevante também discutir acerca da titularidade do supracitado poder e conhecer as suas espécies. É o objetivo deste tópico.

Como o próprio nome faz intuir, o Poder Constituinte dispõe-se a criar e positivar normas jurídicas de valor constitucional³³. Mostra-se como aquele que tem o condão de formular um novo texto, nascido da vontade do povo ou então modificar o já existente de acordo com o estabelecido na própria Constituição.

De acordo com o parecer de Paulo Bonavides, o Poder Constituinte não deve ser encarado como algo propriamente jurídico, e sim político³⁴, pré-jurídico ou até extrajurídico. Trata-se de uma manifestação da soberania. É um poder histórico, de fato, cuja existência e ação não são limitadas pelo direito e não dependem de configuração jurídica³⁵.

É válido frisar que o instituto em tela possui um caráter de permanência, é durável. Explico: o Poder Constituinte não desaparece simplesmente com a finalização da sua obra, qual seja a feitura de uma nova Constituição. Sua titularidade segue latente. Emerge outra vez no momento da realização de uma nova Assembleia Nacional Constituinte ou quando há ato revolucionário³⁶.

Diante de todas essas provocações, pode-se extrair que o Poder Constituinte é aquele capaz de editar uma constituição, estabelecendo uma organização jurídica fundamental, dando forma ao Estado, constituindo poderes e criando normas de exercício de governo, tal qual o estabelecimento de seus órgãos fundamentais, os limites da sua ação e as bases do ordenamento econômico e social.

A ideia de Poder Constituinte, na linha que atualmente se conhece, possui estrita ligação com o movimento constitucionalista do século XVIII, principalmente o norte-americano e o francês. Tal movimento teve como foco a real participação dos cidadãos na construção de um Estado Democrático de Direito³⁷.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 65.

³⁴ Nesse sentido, Canotilho afirma que o Poder Constituinte se apresenta como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política totalmente capaz de, diante de uma situação concreta, criar, garantir ou revogar uma Constituição compreendida como lei fundamental vigente em uma determinada comunidade política. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 65.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 125.

³⁶ MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p.28.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 129-132.

A doutrina brasileira enxerga no constitucionalismo como um aliado na limitação dos poderes estatais exercidos sobre a sociedade, além de se portar como uma garantia da participação dos cidadãos na gestão da coisa pública e na manutenção do Estado Democrático.

A vivência norte-americana quando da formulação da Constituição de 1787 revela que o Poder Constituinte teve como encargo a criação de um apanhado de regras superiores e invioláveis, alçando o povo como autoridade política. Havia uma obediência, por parte do legislador e das normas por ele produzidas, ao ditado na Constituição³⁸. Isso tudo sem contar com a criação de um sistema de freios e contrapesos, justamente para explicitar o caráter não absoluto dos poderes constituídos e a preservação dos direitos constitucionais reconhecidos perante o Estado e seus possíveis abusos³⁹.

Na realidade do constitucionalismo francês, existia uma necessidade de se teorizar o Poder Constituinte e formular um texto constitucional oposto ao antigo regime. Os europeus estavam fartos do absolutismo e de um Estado Interventor, personificado na figura do Rei, o qual se inseria a todo instante na esfera dos direitos individuais dos cidadãos. Emmanuel Joseph Sieyès foi um grande precursor desse pensamento. Propunha um poder criativo originário, autônomo, ilimitado incondicionado e inicial, cuja titularidade pertencia a nação⁴⁰.

Divergindo desse posicionamento clássico alvitado por Sieyès, a doutrina moderna atribui a titularidade do Poder Constituinte ao povo. Entende que se trata de um conceito mais abrangente do que o de nação. Além do mais, de acordo com essa corrente, o Estado decorre da soberania popular e a Assembleia Constituinte apenas exerce este poder, mas não detém sua titularidade⁴¹.

A justificativa para isso está na natureza revolucionária do Poder Constituinte, o qual tem condão de transformar as bases jurídico-políticas de todo o ordenamento, podendo afetar forma e sistema de governo, assim como interferir no rol de direitos fundamentais e na estruturação do próprio Estado, nas formas de aquisição e perda de poder, ou seja, questões de grande relevância. Dito isso, somente o povo, com toda a sua pluralidade, é quem pode deter tal titularidade⁴².

³⁸ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 29.

³⁹ Nessa esteira, Canotilho fazia uma ressalva. Considerava que, na experiência norte-americana, a autonomia do Poder Constituinte estava mitigada, uma vez que este estaria obrigado a criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poder. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 70.

⁴⁰ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 29.

⁴¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 193.

⁴² ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 28.

Nessa esteira, seguindo a tendência moderna, a Constituição Brasileira de 1988 declara, em seu art. 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. É necessário que se separe a titularidade do exercício desse poder. Esse último está reservado a ente diverso do povo⁴³. Existe uma titularidade passiva, a qual se atribui uma vontade constituinte que é sempre executada por um pequeno grupo social.

Existem dois tipos de Poder Constituinte apontados tradicionalmente pela doutrina, quais sejam o originário e o derivado⁴⁴.

O primeiro deles - também denominado de inicial, inaugural ou genuíno - tem a capacidade de inaugurar uma nova ordem política inserta em um documento jurídico, trazendo profundas modificações na estrutura constitucional do Estado nos seus aspectos mais basilares. Para se desencadear, tal poder encontra terreno em condições extraordinárias donde não se pode mais executar as já obsoletas normas constitucionais. Afinal, ecoam outros reclamos surgidos por circunstâncias revolucionárias – estas podem ser democráticas ou não -, momentos de transição, que rompem com a ordem anterior⁴⁵. Pode-se inferir então que o objetivo fundamental do Poder Constituinte originário é constituir um novo Estado, diferente daquele que imperava em consequência da manifestação do poder constituinte antecedente⁴⁶.

Conforme já foi explicado, tem como razão de existência o início de uma nova ordem jurídica, seja pelo nascimento de um Estado, como ocorreu em 1776 com os Estados Unidos da América, ou porque uma Constituição foi abandonada em detrimento de outra, caso da Carta Magna Brasileira de 1988⁴⁷.

Ao se fazer um levantamento histórico das Constituições dos países, pode-se destacar duas formas de expressão pelas quais o Poder Constituinte se revela. São elas a outorga e a Assembleia Nacional Constituinte. A primeira delas caracteriza-se por ser a declaração unilateral da figura revolucionária. É um procedimento mais simples, já que esse agente apenas promulga o novo texto constitucional, o qual o povo concede eficácia por aceitação tácita, cumprindo a Constituição. No Brasil, as Cartas Magnas de 1824, 1937, 1967 e a EC n. 1/69 se manifestaram dessa forma⁴⁸.

⁴³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*... p. 194.

⁴⁴ Somadas a essas duas espécies de Poder Constituinte, autores contemporâneos reconhecem a existência de mais outras duas formas de Poder Constituinte: o poder difuso e o poder supranacional.

⁴⁵ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial*... p. 30.

⁴⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*... p. 195.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*... pp. 145-148.

⁴⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*... p. 198.

Já a Assembleia Nacional Constituinte, também denominada de convenção, surge da deliberação da representação popular. Comumente, ela é formada a partir da escolha de agentes exclusivos para essa finalidade e é dissolvida quando do término dos seus trabalhos. As Constituições Federativas do Brasil de 1891, 1934, 1946 e 1988 são exemplos dessa espécie de expressão do Poder Constituinte originário⁴⁹.

Em contrapartida, se surgir alguma necessidade de alteração do texto constitucional sem que haja um rompimento abrupto e fundamental, com a respectiva manutenção das mesmas estruturas jurídico políticas antes edificadas, verifica-se a atuação do Poder Constituinte derivado. Como o próprio nome diz, é criado e instituído pelo originário⁵⁰. Diferente deste, é sempre limitado, condicionado e ulterior a Constituição a qual deve respeitar as limitações de natureza circunstancial, formal, temporal, material e procedimental impostas⁵¹.

Por fim, de acordo com o que já foi citado exaustivamente nesse tópico, o Poder Constituinte possui a capacidade de estabelecer uma nova ordem política, a qual será materializada na Constituição. Esse documento, inclusive, cria os demais poderes constituídos para a legislação ordinária, assim como para a alteração do texto constitucional⁵².

1.3 A vinculação dos três poderes a Constituição

É notável a enorme ligação que existe entre o ativismo judicial e o consagrado sistema de *check and balances*. Esse último, por sua vez, encontra fundamento justamente no equilíbrio das competências entre os poderes fundamentais do Estado, quais sejam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O presente tópico tem como fulcro abordar a interseção entre esses poderes por meio do estudo do ativismo judicial. Até chegar a clássica visão tripartite de Montesquieu, é imprescindível que se faça um resgate da evolução do poder político e do próprio Estado.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* pp. 142-143.

⁵⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado...* p. 201.

⁵¹ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 30.

⁵² É importante que se entenda que esses poderes quase divinos destinados ao Poder Constituinte são limitados por fatores de ordem cultural, histórica, religiosa e principiológica da comunidade, uma vez que a orientação social promovida de maneira extrajurídica não legitimaria documento jurídico que dispusesse o contrário. Um exemplo dessa afirmação é o respeito devido ao princípio da dignidade da pessoa humana quando da elaboração das normas constitucionais. Se faz necessária uma conjugação entre os ditames estabelecidos na Constituição e o ideal de justiça de um povo. In: ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* pp. 29-30.

De acordo com a teoria contratualista, o Estado apresenta-se como o resultado da manifestação de vontades, consubstanciado em um contrato social acordado entre homens com o intuito de se desfazer dos inconvenientes do chamado estado de natureza – no qual as concepções de certo e errado, justiça e injustiça, não tem lugar, visto que impera a mais absoluta desordem –, para então edificar instituições políticas capazes de assegurar a ordem, a paz, a estabilidade e os direitos naturais não defendidos no estado de natureza⁵³.

Adepto da referida tese contratualista, Thomas Hobbes prega uma teoria racional acerca da fundação do Estado Moderno e da sociedade política pautada na razão humana como guia da convivência em grupos sociais politicamente organizados.

Para o filósofo, antes dessa organização política do Estado, reinava a insegurança e a desordem, caracterizadoras do estado de natureza, no qual não havia limites impostos por instituições políticas ou por uma força pública incondicionada representativa da autoridade estatal. Isso gerava um clima de constante ameaça, visto que não existindo um parâmetro de comportamento estabelecido por um poder competente, o homem egoísta e inclinado a agredir os demais, instituía a guerra de todos contra todos⁵⁴.

Diante disso, para a devida manutenção da sociedade dentro dos limites consentidos, se faz necessária a institucionalização do poder. É justamente a figura do Estado que vai obrigar os cidadãos – os quais temem o castigo aplicado pelo poder coercitivo – a seguir leis positivas que foram impostas. E mais: segundo Thomas Hobbes, para que sejam asseguradas a ordem e a unidade, o Estado precisa concentrar em si um poder de proporções absolutistas⁵⁵.

Nesse diapasão, no momento da celebração do contrato social, há a transferência da titularidade da soberania – que até então pertencia ao povo – para o Estado. Este, por sua vez, concentra em si todo o poder necessário para eliminar as inconstâncias ocasionadas pelo chamado estado de natureza. Em troca dessa paz, a qual constitui o objetivo do acerto de vontades, todos renunciam, em favor do soberano, ao direito natural sobre todas as coisas. No lugar desses direitos, surgem então os direitos civis, instituídos pela entidade estatal, responsáveis agora pela segurança dos indivíduos. Vislumbra-se um pacto de submissão, o qual retira do povo a titularidade da soberania e a oportunidade de, *a posteriori*, colocar em cheque as bases de legitimidade da ação estatal⁵⁶.

⁵³ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 101.

⁵⁴ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006. pp. 83-107.

⁵⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 102.

⁵⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 108.

À luz dessa concepção, destaca-se a ocorrência da despolitização da sociedade civil - com a consequente desvalorização da participação política -, além da sujeição pura e simples dessas pessoas à potestade estatal. Isso porque, da feita que é celebrado o acordo de vontades, o povo fica compelido a acolher o poder do Estado, mesmo que inexistam uma real sintonia entre as pretensões populares e as decisões do ente estatal⁵⁷.

Todo esse absolutismo da soberania acima narrado importa na sua indivisibilidade e a total rejeição a qualquer governo misto. Hobbes entende que partilhar o poder é o mesmo que enfraquecê-lo. Acredita que os fragmentos de poder reciprocamente se aniquilam. Em razão disso, suas bases teóricas indicam que o soberano deve concentrar em si os poderes de promulgar, de abolir as leis, assim como de executá-las e julgá-las. Tais argumentos são os pilares da origem e da formação do Estado⁵⁸.

Em suma, a entidade estatal constitui fruto de um contrato, este resultado da vontade humana racional e cujo poder, de forma absoluta, precisa estar concentrado nas mãos de um soberano, o qual opera como Poder Executivo, Poder Legislativo e instância julgadora.

Sob uma outra perspectiva, John Locke discute acerca de uma teoria liberal-burguesa-individualista. No entanto, assim como Hobbes, segue na linha contratualista. Para o autor, os homens acordam sobre a instituição de um governo civil e se utilizam disso como ferramenta indispensável à preservação da liberdade, da paz, da segurança, antes vulneráveis no estado de natureza. Mesmo entendendo esse estado como de perfeita liberdade, também vislumbra que seu gozo é incerto e está a todo momento exposto à violação por parte dos demais⁵⁹.

Diferentemente do defendido por Hobbes, John Locke afirma que, quando da celebração do contrato social, não se configura a cessão da titularidade da soberania para o governo civil. Os indivíduos continuam a deter tal titularidade, apenas transferem seu exercício. Os direitos naturais permanecem existindo. O contrato celebrado não se caracteriza como pacto de submissão e sim um pacto de governo⁶⁰.

Dito isso, segundo tal concepção, infere-se que o poder absoluto é ilegítimo e incompatível com a sociedade civil. John Locke rompe então com as ideias absolutistas difundidas por Thomas Hobbes.

⁵⁷ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 102.

⁵⁸ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006. pp. 83-107.

⁵⁹ Nesse sentido, a institucionalização do poder político, inaugurada com o contrato social, fundamenta-se na necessidade de preservar as leis naturais, outorgando-lhes proteção estatal por meio da sua conversão em leis civis. In: VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* pp. 103-104.

⁶⁰ LOCKE, John. *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 114.

Em razão da permanência dos direitos naturais no governo civil, o Estado já nasce limitado. Como consequência disso, surge uma teoria que aborda a repartição dos poderes estatais em órgãos distintos com o fito de proporcionar um equilíbrio e um controle no exercício legítimo das atividades funcionais do Estado. John Locke propõe a divisão interna das funções institucionais⁶¹.

Para tanto, repartiu essas funções entre dois poderes, quais sejam o Legislativo e o Executivo. Ao primeiro cabe a feitura das leis bem como regulamentar o uso da força para a preservação dos indivíduos e da comunidade.

O outro poder constituído foi o Executivo. Embora Locke tenha se mostrado contrário a acumulação de funções em um único órgão do Estado, não concebeu a existência de um poder Judiciário autônomo e independente. Acabou por concentrar no âmbito do Poder Executivo tanto a realização, a execução das leis como também a punição daqueles que não cumprirem o estabelecido nas legislações. Além disso, incluiu no Poder Executivo o denominado Poder Federativo, o qual era encarregado das questões que envolvessem interesse público externo⁶².

Existe uma peculiaridade na teoria abordada por Locke. Segundo o filósofo, há uma hierarquia entre os Poderes Legislativo e Executivo. O primeiro é considerado como superior e detentor da última palavra. Vale ressaltar que isso não faz do Legislativo um poder ilimitado. Afinal, o Estado segue adstrito à vontade do povo. Esse, por sua vez, detém o poder para afastar ou alterar o Legislativo quando supor que age de maneira contrária à confiança nele depositada⁶³.

É importante frisar que Aristóteles, na Grécia Antiga, já apregoava a necessidade de se consagrar arenas distintas para os poderes estatais, quais sejam o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário⁶⁴.

Tal análise não foi sistematizada como aquela idealizada por Montesquieu no século XVIII. Na verdade, remontava a uma ideia de constituição mista. Segundo essa concepção, vários grupos ou classes sociais participam do exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Em outras

⁶¹ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 104.

⁶² De acordo com John Locke, embora distintos, o Executivo e o Federativo, por exigirem a força da sociedade para o seu exercício, não poderiam estar sob comandos diversos. Isso daria margem à desordem e à ruína. Também afirmava que tal concentração de funções não afetaria o equilíbrio e a moderação do exercício legítimo de poder. In: LOCKE, John. *Ensaio sobre a verdadeira...* p. 120.

⁶³ LOCKE, John. *Ensaio sobre a verdadeira...* pp. 11-121.

⁶⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...* p. 40.

palavras, mais do que dividir os poderes do Estado, era garantir a participação das diversas classes sociais no exercício do poder político. Contrapõem-se, portanto, as chamadas Constituições puras em que somente um grupo ou classe social detém esse poder⁶⁵.

Refere-se, nesse conceito, à doutrina do “balanceamento das classes sociais”, a qual inspirou, de forma implicativa, a teoria dos freios e contrapesos. A Constituição mista supracitada mostra o encontro dos interesses de pobres e ricos, numa combinação de oligarquia e democracia, caminhando para um justo-meio, plataforma nuclear da ética de Aristóteles, que contribui para diminuir as desigualdades sociais tão latentes na história geral da humanidade. Tinha por fulcro, então, que nenhuma classe adquirisse preponderância sobre a outra⁶⁶.

Na maior parte dos regimes políticos, destacava-se o governo misto – balanceamento entre as classes sociais plurais – e não a separação de poderes como tese sistematizada e efetivamente implementada. Essa sistematização foi revelada à luz da teoria da tripartição de poderes desenvolvida por Montesquieu⁶⁷.

Nas palavras do Baron de Montesquieu:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares⁶⁸.

A teoria da tripartição dos poderes instituiu uma sistematicidade organizacional do Estado e abarcou a concepção de um sistema de autocontrole e equilíbrio entre os poderes⁶⁹. E mais: tal repartição de funções estatais ostentou a função de promover a organização racional da administração da coisa pública e garantir os direitos e as liberdades dos cidadãos. No que tange a essa última, Montesquieu prega que não existe liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação acumula funções, seja legislando e executando simultaneamente ou quando o poder de julgar não se mostra distinto e apartado do Legislativo e do Executivo⁷⁰.

⁶⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 106.

⁶⁶ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...* p. 40. Ou Aristóteles 1991.

⁶⁷ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 106.

⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2004 . p. 172.

⁶⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis...* pp. 165-186.

⁷⁰ Nesse sentido, Montesquieu preleciona: “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião de cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao poder

É válido destacar, contudo, que o autor supracitado não buscou ordenar a separação completa e irrestrita dos diversos poderes uns sobre os outros. Apenas entende que quando dois ou mais poderes, em toda a sua plenitude, encontram-se absorvidos em um só órgão, os direitos dos cidadãos e os princípios de um governo livre não estão assegurados⁷¹.

Conforme elucidado acima, a teoria da tripartição dos poderes não diz respeito pura e simplesmente a uma especialização funcional das atribuições institucionais do Estado. Permitiu também uma sistemática de autocontrole e equilíbrio entre os poderes. Isso porque cada poder passa a ter, ao mesmo tempo, um poder ativo e um poder capaz de controlar a atuação dos demais, instaurando-se, dessa forma, ideia de alavancas e de freios, de ações e de reações, de pesos e contrapesos⁷².

Tal engenharia descrita supra na qual o poder passa a constituir um freio ao próprio poder é extremamente necessária para evitar o arbítrio e a materialização de um poder autocrático do Estado. Para Montesquieu, a liberdade não é algo natural, inerente aos governos moderados. Entende que o abuso de poder existe, nem mesmo os governos exercidos com moderação estão a salvo dessa prática. Explica que isso ocorre porque o homem é levado a abusar do poder todas as vezes que o possui e isso subsiste até que se depare com os limites institucionais. Sendo assim, só há que se impedir o abuso do poder quando, pela disposição das coisas, o poder detém o próprio poder⁷³.

Note-se que além do exercício das denominadas funções típicas (predominantes) ínsitas à sua própria natureza, cada órgão executa também outras duas funções atípicas – que, na verdade, são de cunho típico dos outros dois órgãos⁷⁴. Seguindo essa linha, fala-se, por exemplo, em atribuições de caráter normativo exercidas não apenas pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Executivo, este por meio do poder regulamentar, e pelo Poder Judiciário, através do poder regimental⁷⁵. A Constituição Brasileira, em decorrência dessa interpenetração dos poderes, traz uma série de casos que demonstram a operação desse mecanismo de freios e contrapesos⁷⁶.

Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. In: MONTESQUIEU. 2004. p. 172.

⁷¹ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 106.

⁷² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado...* p. 532.

⁷³ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 107.

⁷⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado...* p. 535.

⁷⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 107

⁷⁶ A título meramente exemplificativo: art. 5º, XXXV; art. 52, I; art. 53 parágrafo 1º, c/c art. 102, I, “b”; art. 62; art. 66, parágrafo 1º; art. 66, parágrafos 4º ao 6º; art. 66, parágrafo 7º; art. 63, I e II; art. 64, parágrafo 1º; art. 97; art. 101, parágrafo único c/c art. 52, III, “a” e o art. 84, XIV; art. 102, I, “a”, todos dispositivos da Constituição Brasileira de 1988.

Nesse diapasão, pode-se concluir que Montesquieu, ao elencar o Judiciário como um poder destacado dos demais, complementou a teoria bipartite de John Locke. A tripartição dos poderes com o reconhecimento do Judiciário como autônomo na estrutura organizacional do Estado configura um marco pragmático desta teoria, a qual atribuiu ao referido poder a responsabilidade em solucionar os conflitos em sociedade e no zelo pela previsibilidade e estabilidade das relações sociais. Para isso, definiu os juízes como sendo a boca que pronuncia as palavras da lei, dotados de neutralidade política e com atuação permeada pela objetividade⁷⁷.

Infere-se desse panorama que a legislação ocupa um lugar de destaque no sistema jurídico político. Sobre essa temática, Loiane Prado Verbicaro, em sua obra, ensina:

Ao Poder Judiciário, nesse contexto liberal, cabia apenas a função de obedecer à lei, com neutralidade, exatidão, impessoalidade e sem partidarismo. Semelhante a uma burocracia, os encarregados da função judicial seriam pautados por uma ética de obediência e desempenhariam um papel essencialmente, neutro e despido de elementos irracionais e emocionais que fugissem ao cálculo e à previsibilidade. Aos juízes, competia, assim, a missão de executar, tão só, as prévias determinações dos políticos: sem questionamentos, sem objeções, se valorações e sem possibilidade de qualquer interferência construtiva e/ou criativa na aplicação da lei⁷⁸.

Até que o Poder Judiciário fosse finalmente encarado como guardião da Constituição e de seu sistema de valor, na qualidade de instituição legitimada a controlar os atos dos outros poderes estatais na condição de órgão contramajoritário o qual possui a última palavra institucional, como acontece nas principais democracias contemporâneas, um longo caminho precisou ser trilhado.

Ainda sobre o tema da separação de poderes, existem algumas questões a serem enfrentadas. A primeira delas diz respeito a impropriedade da expressão “tripartição de poderes”. Isso se deve ao fato de se entender o poder como sendo algo uno, indivisível e indelegável. Sendo assim, não se triparte. Este, por sua vez, é um só e se manifesta mediante seus órgãos, os quais exercem funções⁷⁹.

Para exemplificar: todos os atos praticados pelo Estado decorrem de um só poder. Tais atos adquirem diferentes formas a depender das funções exercidas pelos diferentes órgãos. O órgão legislativo executa uma função típica, ínsita a sua natureza, além de desempenhar

⁷⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis...* pp. 165-186

⁷⁸ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 108.

⁷⁹ Nessa linha, o poder é uno, indivisível e indelegável, consistindo num atributo do Estado que emana do povo. A função é entendida como um modo particular e caracterizado de o Estado expressar sua vontade. Já os órgãos, são, em consequência, as ferramentas de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é garantida pelo Poder que a embasa. In: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado...* p. 536.

também aquelas atípicas. Isso ocorre com os demais órgãos (executivo e jurisdicional). Essa correlação entre funções e órgãos é imposta e é resultado da separação orgânica dos poderes⁸⁰. No entanto, a nomenclatura “tripartição dos poderes”, mesmo imprecisa, é a mais utilizada.

Outros dois problemas em torno da separação de poderes foram apontados por Bellamy. O primeiro deles encontra-se na dificuldade conceitual e prática de se diferenciarem as funções de cada esfera. Para explicar esse argumento, usou como base o que ocorre quando os julgadores decidem casos que não se enquadram em previsão legal e, desse modo, criam precedentes, os quais, com efeito, constituem leis. Citou outras circunstâncias que, como essa, demonstram que cada ramo do governo acaba por se ocupar das três atividades em grau maior ou menor. E conclui dizendo que quanto mais complexas essas atividades, mais interligados os Poderes se tornarão⁸¹.

A outra problemática reside na real possibilidade dessa separação funcional⁸². Por fim, o autor conclui pela manifesta vinculação, dependência e principalmente a influência existente entre os poderes⁸³.

No contexto brasileiro, a separação dos poderes enquanto princípio constitucional, é matéria ventilada em todas as Cartas Magnas, desde a primeira delas, promulgada em 1824⁸⁴. No entanto, além das três funções clássicas, incluiu no rol o Poder Moderador⁸⁵. Esse, por sua vez, pertencia privativamente ao Imperador⁸⁶, na condição de chefe supremo da Nação e seu primeiro representante. A ele cabia velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos⁸⁷.

Dito isso, pode-se afirmar que a Constituição Imperial trouxe elementos da teoria de Montesquieu, tal como a defesa de uma separação de poderes. Contudo, o fato de endossar uma estrutura com quatro poderes acabou por afastar-se do modelo proposto pelo filósofo francês.

⁸⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado...* p. 536.

⁸¹ BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of Powers, Rights and Representative Democracy*. Political Studies Association. Cambridge. MA 02142. USA, 1996. p. 439.

⁸² BELLAMY, Richard. *The political form of...* p. 439.

⁸³ BELLAMY, Richard. *The political form of...* 1996. p. 452.

⁸⁴ O art. 9º da Constituição de 1824 determinava que “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição oferece”.

⁸⁵ Art. 10: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

⁸⁶ Vide art. 101 da Constituição de 1824.

⁸⁷ Vide art. 98 da Constituição de 1824.

Já a de 1891 trouxe consigo a instauração da República, da federação e do presidencialismo no Brasil. Conseguiu se aproximar mais da concepção idealizada por Montesquieu, visto que aboliu o poder Moderador. Além do mais, determinou que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário eram poderes harmônicos e independentes entre si⁸⁸.

Vale ressaltar que tal redação constitucional previa a cláusula de incompatibilidade de funções⁸⁹, porém não vedava expressamente que essas fossem delegadas. Diante disso, tornou-se algo muito corriqueiro o Poder Executivo legislar, colocando assim em risco a separação de poderes pregada por Montesquieu.

Seguindo essa mesma linha e com amparo ideológico na Constituição alemã de 1919 e na Constituição Espanhola de 1931, foi promulgada a Carta Magna Brasileira de 1934. O texto homenageou a tripartição dos poderes e destacou que eles deveriam ser independentes e coordenados entre si⁹⁰.

Com inspiração na Constituição polonesa, de natureza fascista e totalitária, Getúlio Vargas outorgou a Constituição Brasileira de 1937. Foi editada claramente para conferir um ar de legalidade ao Estado Novo. A “polaca”, como ficou conhecida, diferente das anteriores, foi silente acerca da matéria da tripartição. Ela previu, ao seu modo, o poder Legislativo, o Poder Judiciário e, de forma pragmática, o “Presidente da República”, encarado como um soberano. Possuía poderes que se sobrepunham a quaisquer outros. Com base nisso, inclusive, poderia até dissolver a Câmara dos Deputados se esta reprovasse iniciativas do Chefe do Executivo em períodos de emergência e de guerra declarada⁹¹. Nitidamente, demonstrou um descaso a teoria da separação dos poderes.

O Judiciário também se tornou refém das arbitrariedades do Presidente da República. Tais excessos cometidos atingiram em cheio o poder conferido àquele de reconhecer a inconstitucionalidade das leis. Tudo isso se deu com chancela constitucional⁹².

⁸⁸ Vide art. 15 da Constituição Brasileira de 1891.

⁸⁹ O art. 79 da Constituição Brasileira preleciona que “O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro”.

⁹⁰ Vide art. 3º da Constituição de 1934.

⁹¹ VITÓRIO, Teodolinda Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...* p. 46.

⁹² À luz do artigo 96 da Constituição de 1937, “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar, por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Diante do exposto, pode-se concluir que a competência dos três poderes na Constituição de Vargas não passava de mera formalidade. Ficou limitada ao centralismo do Executivo e obedecia aos interesses deste chefe considerado supremo.

Superado esse momento sombrio, veio a Constituição de 1946 para prestigiar novamente a concepção tripartite adotada por Montesquieu. Essa legislação visou reestabelecer o equilíbrio entre os órgãos governamentais⁹³. Tratou-se de um texto constitucional que realçou o sistema de freios e contrapesos⁹⁴.

Eis que o Brasil passa a amargar anos sob uma ditadura militar. Assim como ocorreu no Estado Novo, o artifício utilizado para justificar o regime e atribuir a ele uma legitimidade foi a promulgação da Carta Magna de 1967.

A redação constitucional trouxe no seu bojo a tripartição dos poderes, assim como determinou que estes fossem harmônicos e independentes⁹⁵. Ocorre que, na prática, o que se revelava era uma prevalência do Executivo em relação aos demais. Prova disso era o instituto do “decreto-lei”, o qual atribuía ao chefe desse poder plena competência legislativa⁹⁶.

Em 1988, foi promulgada a Constituição Brasileira que vigora até os dias atuais. O artigo 2º dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Como se pode perceber, a Carta brasileira discrimina e divide as competências tanto em relação aos entes federados quanto aos Poderes por ela constituídos. A defesa do Estado e da própria Constituição figura como competência comum dos três poderes, cabendo a todos a tarefa de assegurar que seus ditames sejam respeitados. Diante disso, pelo menos em tese, não há que se falar em prevalência ou hierarquia de um poder em detrimento a outro. O correto é existir uma relação de complementariedade entre eles, os quais vão agir em caráter típico ou atípico⁹⁷.

Dito isso, quando, por exemplo, o Judiciário efetua o controle de constitucionalidade, ou quando uma política pública de saúde é implementada pelo Executivo ou mesmo quando uma norma de eficácia limitada é enfim concretizada por legislação infraconstitucional que lhe atribua plena eficácia, a Constituição está sendo obedecida e seus ditames assegurados por

⁹³ Vide artigo 36 e parágrafos da Constituição de 1946.

⁹⁴ VITÓRIO, Teodolinda Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...* p. 48.

⁹⁵ Vide art. 6º da Constituição Brasileira de 1967.

⁹⁶ Vide art. 55 da Constituição Brasileira de 1967.

⁹⁷ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 31.

meio da atuação de todos⁹⁸. O diálogo e cooperação entre os três poderes é de suma importância nesse processo.

A nova Carta Magna também prestigiou o sistema dos freios e contrapesos. Isso se percebe em razão do controle jurídico, tão presente nas Constituições pátrias, e que se tornou o núcleo gravitacional da própria separação dos poderes. É importante frisar que o referido controle pode ser de cooperação, de consentimento, de fiscalização e de correção, equacionado de forma recíproca e mutuamente entre todos os poderes⁹⁹.

Nessa linha, no que diz respeito ao controle de fiscalização, o setor da Constituição que tem demandado mais esse processo é justamente a parte material da Carta Magna. É nesse âmbito que se declaram e garantem os direitos fundamentais.

No que concerne ao ativismo judicial, objeto de estudo do presente trabalho, este, ao que tudo indica, mantém uma interação maior com os seguintes controles: do Poder Judiciário em relação ao Legislativo¹⁰⁰ e do Poder Judiciário frente ao Executivo. Essa sinergia será explorada em momento oportuno.

Mesmo com a inegável intervenção do Executivo no Legislativo, caracterizada principalmente pela edição das medidas provisórias, a evolução da teoria da separação de poderes no Brasil trouxe um fortalecimento das competências do Judiciário.

1.4 Perspectivas gerais acerca do Estado de direitos fundamentais

O chamado Estado de direitos fundamentais passa a ser o foco de análise da presente pesquisa. Antes de discorrer propriamente sobre a temática, se faz mister delimitar alguns pontos.

Trata-se de um assunto amplamente discutido tanto por autores brasileiros como estrangeiros¹⁰¹. Em razão disso, variadas são as linhas de investigação. Sem a pretensão de

⁹⁸ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 31.

⁹⁹ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como...* p. 49.

¹⁰⁰ Tal relação é materializada principalmente por meio do controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Judiciário.

¹⁰¹ Paulo Otero e Willis Santiago Guerra Filho destacam-se como autores que já abordaram essa temática em seus estudos. OTERO, Paulo. *A crise do Estado de direitos fundamentais*. In: MARTINS, Yves Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf> Acesso em: 04 de junho de 2020.

esgotar o debate, este item almeja apresentar alguns aspectos gerais acerca do Estado de direitos fundamentais. Visa também demonstrar como se deu a travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional¹⁰².

Antes de mais nada, é preciso destacar que a expressão “Estado de direitos fundamentais” não possui uma conceituação unânime. Talvez isso se deva ao fato dessa nomenclatura só ter encontrado aceitação pública entre os juristas mais recentemente.

J.J. Gomes Canotilho entende, inclusive, que um Estado só se imagina enquanto um Estado Constitucional. Retrata essa nova roupagem do Estado de Direito e sua respectiva transição para o Estado de direitos fundamentais como um avanço¹⁰³.

Christine Oliveira Peter, em um dos seus artigos, discorre que as atenções estão voltadas para o eixo da hermenêutica e concretização de direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de as constituições contemporâneas estarem firmemente alicerçadas em catálogos referentes a esses direitos. Como ponto de partida, é importante que se registre que essa nova perspectiva não significa uma ruptura com as escolas constitucionais, as quais se embasam em princípios como o da legalidade, da separação de poderes e na dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos¹⁰⁴.

Dito isso, para começar a compreender a temática ora abordada, é interessante recorrer novamente a visão de Canotilho. Para o jurista, as noções de Estado e de Constituição são indissociáveis. Entende que não é a Constituição que funda o Estado. Na verdade, este último, “conformado por seus dados espaço-temporais, contendo os pressupostos éticos, sociais e culturais de uma comunidade, acaba por conceber a Constituição como uma decisão atualizada dele próprio”¹⁰⁵.

Dessa leitura, a primeira impressão que se tem é no sentido de que há uma sobreposição do Estado em relação a Constituição. Contudo, logo em seguida, manifesta sua natureza dinâmica, afirmando que a Constituição, na verdade, refunda o Estado, atualizando-o¹⁰⁶.

Pérez Luño é outro autor que tem realizado contribuições relevantes quanto a esse assunto. Ele foca na já citada transformação do denominado “Estado de direito” em “Estado

¹⁰² Este trabalho utilizará Estado de direitos fundamentais e Estado Constitucional como sinônimos.

¹⁰³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 89.

¹⁰⁴ PETER, Christine Oliveira. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 5. N. 2, 2015. pp. 64-65.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 171.

¹⁰⁶ PETER, Christine Oliveira. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional ...* p. 66.

constitucional”. Acrescenta que tal mudança de paradigma - no que tange a linguagem e aplicação das normas constitucionais - não é fruto de arbitrariedades praticadas por governantes e juízes. Nada mais é do que a adequação de suas atividades às mutações sociais, políticas e econômicas¹⁰⁷.

Dito isso, ao mesclar a concepção de Estado de Canotilho com a transmutação do Estado de direito para um Estado constitucional pregada por Pérez Luño, pode-se concluir que o Estado de direitos fundamentais surge como uma alternativa, um modelo político aberto e dinâmico ligado de maneira objetiva aos direitos fundamentais¹⁰⁸.

Ultrapassado esse momento inicial de apresentação do tema, o presente estudo se voltará para o processo de migração do denominado Estado de Direito para o novel Estado Constitucional. Alguns foram os elementos que influenciaram nessa travessia. O Estado Constitucional, por ser plural e democrático, assegura a supremacia dos direitos fundamentais. Mostra-se como um modelo antagônico àquele característico do Estado totalitário. Sendo assim, é, por definição, de acordo com Paulo Otero, um Estado de direitos fundamentais¹⁰⁹.

Seguindo essa linha, Canotilho, no plano axiológico, sugere a dignidade da pessoa humana como ideia basilar e legitimadora do Estado Constitucional. Para ele, isso explica a ligação próxima entre tal princípio – o qual é a matriz de toda a dogmática de direitos fundamentais – e o próprio Estado de direitos fundamentais, que, nessa narrativa, adota um pressuposto humanista¹¹⁰.

Todo esse processo de transmutação que culminou no Estado Constitucional não pode ser embasado unicamente na presença de uma Carta Magna rígida que a ele atribui fundamento. Afinal, o Estado de Direito também era regido por uma Constituição a qual encontrava-se no auge do seu sistema normativo. Sendo assim, a diferença entre os dois modelos de Estado em análise, na verdade, encontra-se em um conjunto de elementos que modificam profundamente a ordem jurídica e as formas de sua interpretação e aplicação fática¹¹¹.

¹⁰⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60.

¹⁰⁸ PETER, Christine Oliveira. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional ...* p. 66.

¹⁰⁹ OTERO, Paulo. *A crise do Estado de direitos fundamentais*. In: MARTINS, Yves Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 179.

¹¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade...* pp. 178-179.

¹¹¹ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 37-38.

Conforme já foi citado anteriormente, esse novo paradigma representado pelo Estado de direitos fundamentais é encarado como uma versão aprimorada do Estado de direito. Então, busca extrair o que este último tem de melhor, como por exemplo, a limitação formal do poder do soberano, ao passo que pretende transpor seus reveses, dentre eles, a ausência de normatividade do texto constitucional. Ambiciona-se, com isso, superar a Constituição com caráter meramente semântico.

Da feita que essa substituição gradual acontece e as “constituições pra valer” e sua natureza imperativa ganham espaço, isso gera uma série de repercussões na esfera social, sobretudo na dicotomia público-privado¹¹².

É que antes desses impactos promovidos pela travessia que parte do Estado de direito para o Estado Constitucional, as fronteiras entre o público e o privado eram bem demarcadas. Até porque a concepção do Estado de Direito tinha como premissa a limitação do poder do Estado face uma esfera de intangibilidade dos sujeitos privados. A partir desse novo papel assumido pelo Estado diante dos particulares e da sociedade como um todo, esses limites entre público e privado passam a ser tênues.

É preciso também jogar as luzes sobre outra discussão relevante que diz respeito as duas dimensões atribuídas a teoria dos direitos fundamentais¹¹³. Esse entendimento possui um grande vínculo com esse processo de transmutação. Inclusive, talvez essa seja a principal distinção entre o Estado de direito, em sua roupagem clássica, e o Estado de direitos fundamentais e sua nova versão. De uma maneira simplificada, a primeira encara os direitos fundamentais como direitos subjetivos. Já a outra concepção teórica considera tais direitos como objetivos¹¹⁴.

O debate em torno dessa nuance objetiva apontada nos leva à própria função exercida pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional. Essa faceta foi alvo de críticas por parte de Robert Alexy. Essa postura do jurista alemão é direcionada ao entendimento de Böckenförde acerca dos direitos fundamentais. Para este último, existem dois caminhos: perceber esses direitos como princípios e, em consequência disso, optar por um Estado Judiciário; ou optar pela limitação dos direitos em tela à sua clássica roupagem de direitos de defesa, e, com isso, escolher por um Estado de direito legislativo¹¹⁵.

¹¹² BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional...* p. 38.

¹¹³ Tanto Christine Oliveira Peter como Osvaldo Ferreira de Carvalho, em seus artigos sobre a temática, abordam essa dupla dimensão dos direitos fundamentais.

¹¹⁴ PETER, Christine Oliveira. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional ...* p. 72.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 577-588.

Diante desse cenário, Alexy destaca a função precípua dos direitos fundamentais estaria desvirtuada. Isso porque abandonariam sua natureza limitada de direito subjetivo para se investir de fundamento mesmo de toda a ordem jurídica. Para o doutrinador, essa nova concepção conduziria a consequências inaceitáveis¹¹⁶.

Entretanto, esse pensamento de que tal efeito irradiante seja prejudicial não é compartilhado por Christine Oliveira Peter. A pesquisadora preleciona que “as anotações de Robert Alexy são exatas, e correspondem, de forma precisa, ao giro ontológico que os direitos fundamentais sofreram a partir da Segunda Guerra. O que não se pode concordar é com a afirmação de que os efeitos das perspectivas irradiantes, horizontal e dirigente são nefastos e inaceitáveis pelo fato de romperem com a visão oitocentista desses direitos como direitos subjetivos públicos”¹¹⁷.

Ao decorrer do presente tópico, foi apresentado o conceito do Estado de direitos fundamentais assim como foram levantadas algumas questões acerca da travessia do Estado de Direito para o Estado Constitucional. Disso tudo, pode-se inferir que o que caracteriza efetivamente uma Constituição do supracitado Estado é justamente a inserção de princípios e valores na esfera desse texto constitucional, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais. Além disso, devem estar incluídas as metas e diretrizes a que o Estado necessita, em primeiro plano, buscar, com o intuito de efetivar e de garantir esses direitos e valores indicados¹¹⁸.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 577. Nos dizeres do jurista: “Enquanto os direitos fundamentais clássicos estavam limitados a uma parte do sistema jurídico – a relação entre o Estado e cidadão –, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico. Haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que necessariamente conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (ou efeitos horizontais), bem como a conteúdo de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento, os quais demandariam uma ação positiva do Estado e não se limitariam – como os direitos clássicos de liberdade – a uma exigência de abstenção estatal”.

¹¹⁷ Christine Oliveira Peter escreveu o artigo intitulado “Do ativismo Judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais”. Em suma, nessa pesquisa, traz à tona esse processo de transmutação do Estado de Direito para o Estado de direitos fundamentais e propõe que haja um deslocamento de perspectiva do ativismo protagonizado somente por juízes para um ativismo realizado também por outros interlocutores do poder.

¹¹⁸ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional...* p. 41.

1.5 Direitos fundamentais e a supremacia da Constituição

A priori, é importante registrar que o estudo em torno dos direitos fundamentais permite uma infinidade de abordagens possíveis. Em razão disso, delimitar o que será objeto de análise do presente tópico se torna algo de suma importância.

Dessa forma, optou-se, nesse momento, em focar as atenções na conceituação e no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais e sua relação com o princípio da supremacia da Constituição.

A própria definição do instituto em tela, por si só, configura uma tarefa difícil. Qualquer conceituação que vise uma validade de caráter universal, ou seja, que queira abranger de uma forma total, completa e unânime tal conceito, não tem como prosperar. Quem almejar isso, com toda certeza, irá incorrer num certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional quando individualmente considerada¹¹⁹.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais surgiram a partir de um movimento de constitucionalização iniciado no século XVIII. Têm um papel de grande relevância no progresso moral da sociedade. Isso porque se caracterizam por constituírem direitos inerentes à condição humana e pré-existentes ao ordenamento jurídico, afinal decorrem da própria natureza do homem. Vale dizer, inclusive, que seu reconhecimento internacional se deu com a Declaração das Nações Unidas, em 1948.

Robert Alexy enxerga os direitos fundamentais sob três óticas: formal, material e procedimental. De acordo com o alemão, essas são as propriedades que um direito precisa ter para ser configurado como fundamental. A definição formal de direitos fundamentais leva em conta aqueles direitos que estão classificados como tais na Constituição. De fato, trata-se de um conceito singelo e que funciona bem quando esses direitos se encontram reunidos em um único catálogo. Do contrário, quando não há essa compilação e as Cartas Magnas colocam no patamar de direitos fundamentais outros que não estão nessa listagem, tal definição resta esvaziada¹²⁰.

A segunda perspectiva elaborada por Alexy diz respeito a conceituação material dos direitos fundamentais. Define que, em seu cerne, esses direitos são, na verdade, os direitos

¹¹⁹ PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2009. pp. 20-21.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003. pp. 21-39.

humanos transformados em direito constitucional positivo. E arremata afirmando que uma relação de direitos fundamentais que não abarca a totalidade de direitos humanos, é, necessariamente, deficitária. No entanto, o jurista também reconhece que a indeterminação do conceito de direitos humanos prejudica essa conceituação ora tratada¹²¹.

Por fim, a ideia procedimental de direitos fundamentais captura elementos formais e materiais. Para compreender melhor a concepção em análise, Robert Alexy propõe um questionamento: “por que os direitos humanos devem ser elevados ao nível da Constituição mediante sua transformação em direitos fundamentais?”. Entende que isso se deve a preocupação de não afetação desses direitos e também na tentativa de conter o Parlamento no que tange a alterações dos direitos fundamentais por meio de decisões pouco representativas¹²².

Segundo Jorge Miranda, os direitos fundamentais consistem naqueles “direitos ou posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”¹²³.

O autor português, ao encarar os direitos fundamentais com esta dupla noção, entende que tal perspectiva permite o estudo de diversos sistemas jurídicos. E completa afirmando que “além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à estrutura, à titularidade, ao exercício, ao objeto ou ao conteúdo e à função, assim como abrange verdadeiros e próprios direitos subjetivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos”¹²⁴.

Ainda nesse viés, a discussão levantada em torno da distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material advém do IX Aditamento à Constituição dos Estados Unidos e, encontra-se, expressa ou implicitamente em muitos outros

¹²¹ ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre...* pp. 21-39.

¹²² ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre...* pp. 21-39.

¹²³ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017. p.11.

¹²⁴ No entanto, o jurista destaca que essa concepção implica necessariamente em três premissas: 1) não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder político, não absorvendo este a sociedade em que eles se movem; 2) não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder político, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das instituições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada; não há direitos fundamentais sem Estado que os respeite ou que os proteja; 3) não há direitos fundamentais sem Constituição- sem a Constituição do Constitucionalismo moderno iniciada no século XVII, a Constituição enquanto fundação ou refundação do ordenamento jurídico estatal e incindível de um poder constituinte, a Constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade; a Constituição como lei, mesmo se acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudenciais. In MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais...* p.12.

textos constitucionais, a exemplo das Constituições portuguesas de 1911, 1933 e 1976 e a maioria das Cartas Magnas brasileiras¹²⁵.

É válido ressaltar que muitas são as expressões utilizadas na doutrina para designar os direitos fundamentais. Perez Luño, por exemplo, entende ser mais adequado chamar de direitos fundamentais do homem. Isso porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para assinalar, no que tange ao direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Também adepto dessa nomenclatura, Uadi Lamêgo Bulos entende que esses direitos emergem de um contexto histórico, em decorrência dos anseios e reclamos por igualdade, fraternidade e igualdade. São resultado das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se de acordo com o influxo do fato social cambiante.

J.J. Gomes Canotilho, ao analisar a função do que chama de direitos de defesa dos cidadãos, o faz sob dois aspectos: jurídico-objetivo e jurídico-subjetivo. Num primeiro plano, consistem em normas de competência negativa para poderes públicos, proibindo fundamentalmente as interferências destes no campo jurídico privado. Já a outra perspectiva diz respeito a prerrogativa de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, com o intuito de evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa).

Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra, propõe uma definição baseada no conceito trazido por Alexy. Sendo assim, direitos fundamentais consistem em todas as posições jurídicas inerentes às pessoas, que, sob a ótica do direito constitucional positivo, foram em razão do seu conteúdo e relevância (fundamentalidade em sentido material) incorporadas ao texto constitucional, e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal¹²⁶.

Nesse diapasão, é importante explicitar que os direitos fundamentais não consistem unicamente naqueles elencados na Constituição se esta contém a denominada cláusula aberta. Isso acontece quando a Carta Magna, que ao seguir o princípio da não tipicidade dos direitos

¹²⁵ PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos...*p.22.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p.77.

fundamentais, entende pela existência de outros direitos que não aqueles previstos no texto constitucional. Para tanto, considera também aqueles que podem ser resultado do próprio regime ou decorrentes dos princípios adotados¹²⁷.

Esse fenômeno, também chamado de “cláusula de abertura material” ou “inesgotabilidade dos direitos fundamentais” está estampado nos preceitos do parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Brasileira quando dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹²⁸.

Pode-se inferir, então, que a partir da leitura do dispositivo constitucional supracitado, a Carta Magna admite outros direitos que não restritos aqueles que estão nela expressamente elencados. Ao entender a existência de direitos provenientes de outras fontes além daquelas normas formalmente constitucionais, reconhece, dessa forma, a perspectiva mais abrangente da Constituição em sentido material¹²⁹.

1.6 Dois conceitos relevantes: Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível

Em verdade, esta abordagem, não se trata, propriamente, de uma novidade absoluta no ordenamento jurídico. Entretanto, essa constatação, de forma alguma, diminui a importância da discussão em torno do assunto.

A reserva do possível é um tema extremamente debatido tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Isso se torna mais evidente ainda em razão da crescente judicialização de questões que estão relacionadas principalmente aos direitos sociais de cunho prestacional.

Aqueles que entendem serem falhas as prestações estatais na promoção de políticas públicas que garantam a satisfação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, recorrem ao Poder Judiciário para terem atendidas suas pretensões. Em muitos desses casos,

¹²⁷ PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos...* p. 22.

¹²⁸ É válido ressaltar que essa postura não é uma novidade trazida com a promulgação da Constituição Cidadã. Outras Cartas Magnas Brasileiras carregavam em seu bojo um caráter aberto quanto as normas que enunciavam direitos fundamentais. É o caso do artigo 78 da Constituição de 1891, do artigo 114 da Constituição de 1934, do artigo 123 da Constituição de 1937, do artigo 144 da Constituição de 1946 e do artigo 150, parágrafo 35 da Constituição de 1967.

¹²⁹ PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos...* p. 30.

as decisões se valem do argumento da escassez de recursos por parte do Poder Público, utilizando a reserva do possível para justificar a não efetivação desses direitos.

Nesse contexto, assume grande relevância a compreensão das características, elementos e alcance desse instituto. Para tanto, o presente tópico estudo se dividiu em duas partes.

Num primeiro momento, as atenções se concentrarão na origem e evolução da reserva do possível, idealizada na jurisprudência alemã. Ainda nessa parte inicial, pretende-se demonstrar de que maneira ocorreu a importação dessa teoria para o ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, a pesquisa se dedicou a analisar as dimensões fáticas e jurídicas do instituto objeto do estudo e que relação isso tem com a efetividade dos direitos sociais.

Feita a devida introdução, registre-se que é interessante promover uma breve historiografia, trazendo a origem e a evolução desse instituto.

A doutrina constitucionalista costuma atribuir a origem da reserva do possível a uma série de julgamentos do Tribunal Constitucional alemão¹³⁰. Essas paradigmáticas decisões consistem nos precedentes BVerfGE 33, 303 e BVerfGE 35, 79¹³¹ – ambos julgados em 1973 - e o precedente BVerfGE 43, 291¹³², datado do ano de 1977¹³³. Todos esses casos serão analisados no presente trabalho.

O primeiro e mais célebre dos precedentes, com decisão proferida em 18 de julho de 1972, analisou, por via de controle concreto, a constitucionalidade de normas de direito estadual que dispunham acerca da admissão de alunos aos cursos superiores de medicina nas universidades alemãs¹³⁴.

Antes de se adentrar no teor dessas decisões, é necessário que se faça uma contextualização. No final dos anos 60, a demanda daqueles interessados em cursar medicina

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 29.

¹³¹ Esses dois primeiros precedentes são conhecidos como caso do *Numerus Clausus I*.

¹³² Também chamado de *Numerus Clausus II*.

¹³³ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos custos de direitos: vol.1: Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010. p. 128.

¹³⁴ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva do possível na ponderação de direitos fundamentais*. In: Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Organizadores: David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. p. 221.

nas universidades alemãs aumentou consideravelmente. Acontece que tais faculdades não estavam preparadas para absorver esse contingente.

Em razão desse cenário, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*Numerus Clausus*) desses candidatos às vagas pretendidas nessas faculdades. Os critérios utilizados para o acesso dos interessados nos cursos superiores levavam em consideração, basicamente, o desempenho desses alunos no ensino médio e o tempo de espera pela vaga. Resultado: 71% desse montante teve frustrado o seu interesse em cursar medicina nessas universidades alemãs¹³⁵. Sendo assim, aqueles que se sentiram prejudicados com essas limitações, levaram a questão ao Judiciário.

Ai que surge o paradigmático acórdão do *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303, de 1973). Configurou, portanto, num processo recebido pelo Tribunal Constitucional alemão, em virtude das denominadas decisões de reenvio, ditadas pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e de Bávaro de Munique. Em relação ao reenvio do Tribunal Administrativo de Hamburgo, este se deu sob a alegação da inconstitucionalidade do artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo. Já no outro caso de reenvio, se questionou a constitucionalidade do artigo 4 da lei relacionada à admissão aos cursos superiores da Universidade da Baviera¹³⁶.

Ambas as leis haviam adotado o sistema de *Numerus Clausus* e seus critérios de admissão ao ingresso no curso de medicina. Foram então questionadas sob o argumento de que tais limitações afrontavam o direito de livre escolha da profissão e do local de formação, dispostos no artigo 12 da Lei Fundamental alemã¹³⁷.

Ao decidir, após uma extensa fundamentação, o Tribunal alemão optou pela constitucionalidade da legislação relativa ao *Numerus Clausus* absoluto, rejeitando assim, a pretensão dos demandantes acerca da declaração da sua inconstitucionalidade, assim como a pretendida criação de novas vagas, necessárias para aqueles interessados no curso de medicina nessas faculdades¹³⁸.

Para isso, a decisão do Tribunal alemão trouxe alguns requisitos em seu bojo, conforme exposto na ementa:

¹³⁵ GAIER, Reinhard. *Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*. In: Conselho da Justiça Federal, II Seminário Internacional Brasil – Alemanha, Thompson Flores, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 27, 2011. p. 14.

¹³⁶ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* p. 134.

¹³⁷ “Todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”.

¹³⁸ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* p. 136.

“1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: Numerus Clausus absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.

2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no art. 12 I 1 GG c.c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.

3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se:

a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e

b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.

4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação [ato administrativo] de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.

5. O parágrafo 17 da lei universitária de Hamburg de 25 de abril de 1969 é incompatível com a Grundgesetz, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha”¹³⁹.

Há de se ressaltar uma questão importante que foi considerada pelo Tribunal alemão. Na sua decisão, este, por sua vez, entendeu não estar diante de um postulado original de garantia de direito fundamental da liberdade – alegado por aqueles que pretendiam o reconhecimento da inconstitucionalidade das já referidas leis estaduais -, mas também de

¹³⁹ Tradução da decisão disponível em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. pp. 656-667.

frente à uma exigência complementar de uma prestação estatal, configurada por meio da outorga de um direito fundamental de participação¹⁴⁰.

Explico: ao postularem a construção de estruturas que permitissem o aumento do número de vagas para o consequente acesso integral dos interessados ao curso de medicina, tais postulantes estavam, na verdade, exigindo do Estado um dever de agir positivo. Ou seja, não restaria ao Estado apenas atender ao seu dever negativo de respeito ao direito fundamental da liberdade de escolha de profissão dos cidadãos alemães. Era cobrado dele também uma conduta de fazer.

Ou seja, o que se pode perceber é que, o Tribunal alemão, por meio do julgamento do BVerfGE, encontrou o jeito adequado de determinar de forma válida uma restrição a um direito fundamental social de prestação – que nesse caso específico se tratava de uma pretensão jurídica ao ingresso nos estabelecimentos de nível superior¹⁴¹.

Isso tanto é verdade que o julgado deixa em aberto a questão das condições e dos pressupostos em que um direito *prima facie* pode deixar essa condição e então se converte em definitivo.

Voltando as atenções para a reserva do possível, a primeira vez que o Tribunal alemão lhe fez referência expressa, na fundamentação do acórdão do *Numerus Clausus*, se deu nos seguintes termos:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o art. 91ª GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. (...). Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que

¹⁴⁰ ROCHA, Thiago dos Santos. *O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência constitucional alemã para a jurisprudência constitucional brasileira*. In: O direito atual e as novas fronteiras jurídicas. 1 ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017. p. 824.

¹⁴¹ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva...* p. 222.

a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento de um todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia de Estado Social.

Existem alguns pontos relevantes nessa decisão e que merecem destaque. O julgamento firmou de maneira clara entendimento no sentido de que a prestação reclamada precisa estar de acordo com aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, trazendo então uma ideia de razoabilidade do pedido¹⁴². Não se trata de uma questão unicamente de exequibilidade financeira¹⁴³. Esta última ficaria em segundo plano.

Nesse diapasão, conclui-se que o Estado pode até possuir recursos para prover tais pretensões, tendo, inclusive, o poder de dispor dessas verbas. Porém, ele não está obrigado a atender demandas que não se encontrem nos limites do razoável¹⁴⁴.

Em relação ao acórdão do *Numerus Clausus*, o Tribunal entendeu que o Estado alemão já tinha feito tudo o que podia para viabilizar o acesso ao ensino superior. Sendo assim, exigir mais, com o intuito de satisfação individual de cada interessado, não seria razoável, até porque tal conduta poderia comprometer outras políticas públicas¹⁴⁵. Na verdade, essa imposição de limites às pretensões fundamentadas na cláusula do Estado Social consiste no estabelecimento de um teto do que pode ser exigido¹⁴⁶.

Em suma, a decisão sob análise exerceu um papel de limitar uma interpretação ultra-extensiva, exagerada e estritamente individualista do alcance do direito fundamental à liberdade de escolha da profissão e do local de formação (art. 12, I da Carta alemã), utilizando a razoabilidade e a proporcionalidade como argumentos para tal¹⁴⁷.

É possível concluir então que a restrição de certo direito fundamental só pode ser feita, mesmo que alegada a cláusula da reserva do possível, respeitando o princípio da proporcionalidade. Tal limitação só poderá ser admitida por meio da determinação dos meios de realização máxima possível do direito antagônico confrontado, obedecendo o que dispõem as premissas da ponderação¹⁴⁸.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível*...p. 29.

¹⁴³ Até porque se tudo se resumisse a uma simples lógica matemático-financeira, isso poderia comprometer a ideia de Estado Social, além de também frustrar a força normativa da Constituição. Vide COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva*... p. 223.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível*...p. 29.

¹⁴⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. p. 232.

¹⁴⁶ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos*... p. 139.

¹⁴⁷ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos*... pp. 138-139.

¹⁴⁸ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva*... pp. 222-223.

Finalizando essa análise que envolve razoabilidade e proporcionalidade – ambas citadas no julgamento do *Numerus Clausus* – é preciso que se compreenda que saber o que o cidadão pode, razoavelmente, esperar da sociedade, passará necessariamente pela lógica de proporcionalidade e ponderação. Um pretendido direito só se tornará definitivo quando os outros direitos e garantias em eventual colisão não possuam o “peso” necessário para justificar a menor realização do direito social em causa¹⁴⁹.

Conforme dito anteriormente, a origem da reserva do possível remonta a uma tríade de julgados realizados pelo Tribunal Constitucional alemão. O primeiro e mais emblemático precedente – o BVerfGE 33, 303 – já foi exposto por esse trabalho. De uma forma mais sucinta, esse estudo passará a analisar a partir de agora as outras duas decisões, quais sejam BVerfGE 35, 79 e BVergGE 43, 291.

Também conhecida como decisão das universidades, o precedente BVerfGE 35, 79, foi julgado ainda no ano de 1973. O Tribunal alemão trouxe novamente a concepção de reserva do possível, atrelada as idéias de racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade das expectativas individuais. Para isso, fez menção expressa ao primeiro dos precedentes do *Numerus Clausus*. De forma geral, a lide em questão versava, essencialmente, sobre a participação de diversos setores do mundo universitário em órgãos colegiados. No seu julgado, o Tribunal entendeu que essa participação estava condicionada à reserva do possível, nos mesmos termos do precedente BVerfGE, 35, 79¹⁵⁰.

Alguns anos mais tarde, em 1977, o Tribunal alemão foi provocado a responder sobre a compatibilidade da “lei sobre o ensino superior” (art. 32, parágrafo 3, item I, alínea 6) com a Lei de Bonn. A decisão reiterou o entendimento já esposado no caso do *Numerus Clausus* I no que tange à reserva do possível¹⁵¹. O julgado ficou conhecido como *Numerus Clausus* II (Precedente BVergGE 43, 291).

Após essa sequência de julgados, a doutrina da reserva do possível conquistou um importante papel na jurisprudência alemã, principalmente em temas que envolviam a prestação social do Estado¹⁵².

¹⁴⁹ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva...* p. 224.

¹⁵⁰ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* pp. 141-142.

¹⁵¹ “As questões aventadas diziam respeito a diversos aspectos dos diplomas normativos referidos, regulamentadores das condições de acesso ao ensino superior, como, por exemplo, a adoção de cotas para a seleção de candidatos prevista no art. 32, parágrafo 3, item I, alínea 6 da lei sobre admissão ao ensino superior, dentre outros aspectos”. Vide SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* p. 143.

¹⁵² ROCHA, Thiago Santos. *O transplante da cláusula...* p. 827.

A exemplo do afirmado acima, a reserva do possível foi usada como fundamento de várias decisões que tratavam do alcance da assistência devida pelo Estado a famílias com crianças¹⁵³.

Em 1990, o Tribunal se pronunciou sobre a redução do auxílio criança para pais abastados. Nessa ocasião, o entendimento se deu no sentido de que prestações financeiras do Estado de incentivo à família também estariam sob o manto da reserva do possível. Como critério, fixou-se que determinada prestação estatal não seria alcançada pela referida cláusula caso se tratasse de uma inadequação evidente para a promoção do direito constitucionalmente previsto¹⁵⁴.

Dois anos mais tarde, a reserva do possível foi novamente utilizada na fundamentação de um julgado que versava sobre a inclusão do tempo sem contribuição previdenciária dedicado aos cuidados dos filhos na contagem para fins de aposentadoria¹⁵⁵.

Mesmo que transcorridos muitos anos do acórdão utilizado como paradigma, a reserva do possível ainda mantém sua essência quando aplicada pelos tribunais alemães. É encarada sob dois aspectos: a) razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, levando em conta o que ele tem efetivamente condições de realizar e b) o que, de fato, precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais¹⁵⁶.

É justamente essa interpretação que se pode extrair da decisão proferida pelo Tribunal alemão relacionada ao benefício previdenciário criado em 2004 pela “Lei Federal de Indenização às vítimas de atos violentos”. O julgado, em seu teor, sujeitou a promoção da família por parte do Estado à chamada reserva do possível e fez respeitando o seu real significado¹⁵⁷.

Esse modelo teórico-jurisprudencial da reserva do possível, o qual teve seu berço na Alemanha, circulou ao redor do mundo. Acontece que, como será visto adiante, tal doutrina, ainda mais quando comparada ao *leading case*, sofreu uma mutação no processo de adaptação em outros países¹⁵⁸.

No Brasil, por exemplo, essas modificações foram constatadas também. A cláusula da reserva do possível não vem sendo utilizada exatamente nos mesmos moldes em que foi

¹⁵³ As demandas levadas ao Judiciário se baseavam no que dispõe o art. 6, inciso 1 da Carta alemã: “O matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal”.

¹⁵⁴ ROCHA, Thiago Santos. *O transplante da cláusula...* p. 827.

¹⁵⁵ GAIER, Reinhard. *Pretensões positivas contra...* p. 19.

¹⁵⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos...* p. 233.

¹⁵⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos...* p. 234.

¹⁵⁸ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* pp. 145-146.

desenvolvida na jurisprudência alemã. De acordo com a análise de alguns julgados de tribunais brasileiros, ao que parece, a preocupação inicial está focada na questão da disponibilidade de recursos e custos dos direitos, deixando de lado a proporcionalidade e razoabilidade, elementos essenciais trazidos no acórdão do *Numerus Clausus*¹⁵⁹.

Para completar, percebe-se que na maioria dos casos, não se pode admitir que o Estado brasileiro tenha realmente, de forma efetiva, feito tudo o que podia para atender aos direitos fundamentais dos cidadãos. Mesmo assim, a reserva do possível tem sido lançada como um “limite fático intransponível diante de uma alegada escassez de recursos”¹⁶⁰.

Adentrando diretamente na questão da recepção da reserva do possível na jurisprudência do Brasil, a primeira vez em que foi feita referência direta a essa teoria no Supremo Tribunal Federal foi num voto do Ministro Gilmar Mendes, julgando uma intervenção federal¹⁶¹ no Estado de São Paulo em razão do não pagamento de precatórios¹⁶².

Na ocasião, o Ministro afirmou:

Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais. Tanto é verdade que, ainda que ocorra uma intervenção no Estado de São Paulo, o eventual interventor terá que respeitar as mesmas normas constitucionais e limites acima assinalados pelo referido Estado, contando, por conseguinte, com apenas 2% das receitas líquidas para pagamento dos precatórios judiciais. Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível.

Após a leitura desse trecho do voto, infere-se que o Ministro Gilmar Mendes focou exclusivamente no aspecto financeiro da teoria da reserva do possível, utilizando, inclusive a expressão “reserva do financeiramente possível”, esta, por sua vez, sequer presente no acórdão original do *Numerus Clausus*. De forma equivocada, a fundamentação do Ministro ignorou a racionalidade do pedido¹⁶³.

No ano de 2004, também no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, analisando a Arguição de Preceito Fundamental 45, teceu importantes considerações sobre o tema. Depois de afirmar que a cláusula da reserva do possível não pode ser utilizada pelo

¹⁵⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos...* p. 235.

¹⁶⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos...* p. 235.

¹⁶¹ Vale frisar que, mesmo sendo numa intervenção federal a primeira vez que se tenha feito alusão à reserva do possível, os exemplos mais frequentes em que há invocação dessa teoria se dão nas ações referentes à efetivação dos direitos sociais no âmbito da saúde.

¹⁶² ROCHA, Thiago Santos. *O transplante da cláusula...* p. 829.

¹⁶³ Existem outras decisões do Supremo Tribunal Federal – notadamente nos votos do Ministro Gilmar Mendes – fazendo referência à reserva do possível em julgamento de intervenção federal pelo não pagamento de precatório, mesmo essa matéria não tendo natureza de direito social.

Estado com o intuito de não cumprir com suas atribuições constitucionais, a fundamentação do voto ainda trouxe os seguintes argumentos:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Diferente do que fez o Ministro Gilmar Mendes, o voto do Ministro Celso de Mello foi bem mais fiel ao acórdão do *Numerus Clausus*, visto que respeitou o binômio razoabilidade do pedido e exequibilidade financeira preconizado na jurisprudência do Tribunal alemão¹⁶⁴. Mesmo assim, é muito comum nos julgados brasileiros que se deixem de lado as análises de razoabilidade da prestação e proporcionalidade, trazendo a questão unicamente para o âmbito da disponibilidade financeira.

Há um ponto que não deve ignorado: diz respeito às dificuldades em importar doutrinas estrangeiras no caso de países com realidades bem distintas. A teoria da reserva do possível, como já foi explicitado, teve origem na jurisprudência constitucional da Alemanha, país com um Estado Social bem efetivado, bem diferente do cotidiano brasileiro, em que se enfrentam problemas primários, envolvendo a garantia de necessidades básicas de sobrevivência¹⁶⁵. À época dos julgados do *Numerus Clausus*, a Alemanha teve dificuldades em prover educação superior em razão de um aumento significativo da demanda. É bem diferente do que acontece na realidade do Brasil.

Ainda dentro da temática da reserva do possível, antes de discorrer sobre suas dimensões, é preciso tecer breves comentários acerca de alguns outros pontos importantes relacionados com o tema ora abordado, a começar pela questão dos custos dos direitos.

Aos direitos sociais, em razão do seu caráter – não exclusivo, vale ressaltar – de direitos cujo objeto configura em prestações estatais, a estes costuma-se atribuir uma dimensão economicamente relevante. Em contrapartida, os chamados direitos de defesa, por ostentarem uma natureza de direitos subjetivos em primeira linha, direcionados a uma conduta omissiva por parte do Estado, geralmente são desprovidos dessa dimensão econômica. Isso se justificaria pelo fato de os bens jurídicos por eles abarcados – dentre eles vida e liberdade –

¹⁶⁴ Nesse mesmo sentido do voto do Ministro Celso de Mello, o Supremo voltou a enfrentar a questão da reserva do possível no Recurso Extraordinário n. 410.715 (demanda envolvendo direito à educação), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3768 (relacionada com a constitucionalidade de dispositivos do chamado Estatuto do Idoso) e no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223 (pretensão ligada ao direito à saúde).

¹⁶⁵ ROCHA, Thiago Santos. *O transplante da cláusula...* p. 841.

estarem assegurados independentemente de circunstâncias econômicas. É importante que se registre que essas considerações merecem certos esclarecimentos¹⁶⁶.

Os norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes se debruçaram sobre essa matéria relativa à dimensão econômica do custo dos direitos¹⁶⁷.

Em sua obra, os autores citados sustentaram o entendimento de que todos os direitos, independentemente de serem classificados como direitos a prestações ou como direitos de liberdade ou de defesa, para que sejam efetivados e exercidos por toda a população, implicam em gastos públicos por parte do Estado¹⁶⁸.

Além disso, tais estudiosos questionaram a própria classificação de direitos tidos como positivos (exigem prestações do Estado, com realização de despesas) e direitos puramente negativos (economicamente indiferentes, já que demandam mera abstenção estatal). Eles demonstraram que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos, sendo assim, inadequada tal diferenciação entre essas duas categorias de direito¹⁶⁹.

Ora, levando em consideração que todos os direitos são sindicáveis perante o Judiciário e que este requer uma estrutura que custa aos cofres públicos, todos os direitos, sem distinção, implicam custos a serem arcados pelo Governo, e em última análise, pela sociedade¹⁷⁰.

Dessa forma, uma tese que se pode defender é a de que todos os direitos possuem custos, mesmo que isso se materialize de uma forma distinta¹⁷¹.

Para exemplificar: a liberdade, para que possa ser usufruída por todos, requer toda uma infraestrutura, por meio da manutenção de um aparelho ou uma autoridade. Tal manutenção não deixa de configurar um custo social. Ou seja, aquele que necessita resguardar seus direitos de liberdade ou mesmo seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviram ao pagamento e manutenção da referida infraestrutura estatal. Isso não deixa de ser

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível...* p. 27.

¹⁶⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

¹⁶⁸ Nesse mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível...* p. 27.; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. 69 e ss.; GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria do custo dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. pp. 147 e ss.

¹⁶⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights...* p. 43.

¹⁷⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos...* p. 195.

¹⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In: Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 157.

um custo, mesmo que seja diferente dos custos dos direitos sociais. Estes, por sua vez, sofrem variações de acordo com a necessidade de cada pessoa¹⁷².

Sendo assim, volto a repetir: é inegável reconhecer que todos os direitos fundamentais podem acarretar “um custo”, não constituindo essa circunstância, uma exclusividade dos direitos sociais de cunho prestacional, embora seja recorrente a doutrina alegar que esses direitos estão sujeitos a condicionamentos externos, entre eles a escassez de recursos¹⁷³. Só que esse “fator custo” não deve figurar como um elemento impeditivo da efetivação desses direitos¹⁷⁴.

Não se pode ignorar que existe uma conexão muito íntima entre a noção de eficácia jurídica e efetividade social dos direitos sociais e a teoria da reserva do possível. Digo isso porque quanto maior for o âmbito da objeção dessa teoria, menor será a incidência das normas definidoras desses direitos. Sendo assim, quanto maior for a projeção da reserva do possível, mais comprometida estará a satisfação dos direitos sociais envolvidos¹⁷⁵.

Essa interação citada – reserva do possível x efetividade dos direitos sociais – passa pela concepção de disponibilidade do objeto. Em outras palavras, é preciso analisar se o Estado, enquanto destinatário da norma, tem condições de solucionar a pretensão arguida ou se a obrigação é impossível¹⁷⁶.

A obrigação impossível por indisponibilidade do objeto pode se dar por causa de uma impossibilidade fática ou uma impossibilidade jurídica¹⁷⁷. Embora ambas estejam entrelaçadas e a ocorrência de qualquer delas pode acarretar no enfraquecimento de uma determinada norma de direito social, elas possuem significados diversos, que tem a ver com as dimensões da reserva do possível¹⁷⁸ – próximo tópico a ser estudado no presente trabalho.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo encaram a reserva do possível como um limite fático e jurídico para a efetivação dos direitos sociais¹⁷⁹. No entanto, os autores também destacam a complexidade dessa doutrina, dizendo que esse instituto pode perfeitamente funcionar, em

¹⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da...* pp. 157-158.

¹⁷³ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurisdicional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Farias Editor. p. 190.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível...* p. 28.

¹⁷⁵ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva...* p. 224.

¹⁷⁶ COMIN, Fernando d Silva. *A objeção da reserva...* p. 224.

¹⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da...* p. 159

¹⁷⁸ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva...* p. 226.

¹⁷⁹ É o que Fernando da Silva Comin chama de “realidade condicionante da efetividade dos direitos”. Vide: *A objeção da reserva do possível na ponderação de direitos fundamentais*. p. 226. Vale ressaltar aqui a voz destoante de Jorge Reis Novais, que considera a reserva do possível como sendo elemento integrante dos direitos fundamentais, figurando como parte do seu núcleo essencial. Isso será tratado mais adiante.

certas ocasiões, como garantia desses mesmos direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, da reserva do possível ser invocada com o fito de salvaguardar o núcleo essencial de certo direito quando em conflito com outro¹⁸⁰. Isso, obviamente, desde que respeitados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial desses direitos¹⁸¹.

Partindo da premissa de que a reserva do possível se mostra como uma limitação fática e jurídica dos direitos fundamentais, os estudiosos citados acima atribuíram ao instituto em análise uma dimensão tríplice: disponibilidade fática efetiva dos recursos, disponibilidade jurídica dos recursos e análise de proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

Para que se entenda o alcance e significado dessas dimensões atribuídas à reserva do possível, é prudente que se passe primeiramente pelo conceito de escassez.

Trata-se de um conceito econômico e pode ser definida como “a situação que se caracteriza quando a máxima produção potencial de um bem não se encontra em grau suficiente para satisfazer todas as necessidades na medida em que os recursos disponíveis são limitados”¹⁸².

A indisponibilidade fática dos recursos tem ligação com o conceito de escassez real ou econômica enquanto a indisponibilidade jurídica dos recursos remonta a idéia de escassez ficta ou jurídica.

Vamos passar ao estudo de cada uma dessas dimensões da reserva do possível, a iniciar pela indisponibilidade fática dos recursos.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do possível...* p. 30.

¹⁸¹ A ideia de mínimo existencial possui uma conexão com a doutrina da reserva do possível. Em virtude da limitação espacial do presente trabalho, não foi possível tratar profundamente dessa questão. Numa análise breve, o mínimo existencial – que é diferente do mínimo vital – é formado pelas condições materiais básicas para a existência e corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana. Para os efeitos desse estudo, é importante que se saiba que a inaplicabilidade da reserva do possível deve ser reconhecida sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. Nesse sentido, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. e AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. A jurisprudência brasileira comunga do mesmo entendimento, conforme demonstrado nos julgamentos no STF da ADI 3768 e STA 223.

¹⁸² À guisa de conhecimento, Luis Fernando Sgarbossa, em sua obra (vide página 218), faz menção aos tipos de escassez, idéia desenvolvida por Jonh Elster. Este, por sua vez, divide esse conceito em três: escassez natural, quase natural e artificial. Esta última consiste na situação em que o Poder Público pode, se assim quiser, aumentar a oferta, ao ponto de conseguir suprir a demanda, fazendo com que o bem seja acessível a todos. Como exemplo, citou a oferta de vagas no jardim de infância. Essa forma de escassez artificial interessa ao nosso estudo porque engloba a escassez ficta ou jurídica.

Ela é consequência da própria natureza dos direitos fundamentais prestacionais em sentido estrito, uma vez que se tem a ideia de que aquilo que é devido *prima facie* é mais abrangente do que aquilo que é devido de forma definitiva¹⁸³.

Como já foi dito acima, a indisponibilidade fática é justificada por meio de uma escassez real ou econômica, ou seja, caracterizada por uma inexistência concreta dos recursos, nos seus diversos graus. Ou seja, aquilo que não existe não pode ser postulado ou deferido. Consequentemente, isso acaba por atribuir uma alta carga de racionalidade ao argumento da reserva do possível¹⁸⁴.

Ora, a efetivação dos direitos fundamentais sociais está intimamente ligada a dados, fatos da realidade. Sendo assim, não se pode exigir e demandar dos Poderes Públicos o que for absurdo ou impossível¹⁸⁵.

Um detalhe importante: não se tem notícias até agora de pleitos que se exige a efetivação de determinada prestação as quais sejam dependentes de bens em que há configurada uma escassez real ou econômica¹⁸⁶.

A segunda dimensão da chamada reserva do possível diz respeito à indisponibilidade ficta ou jurídica, enquadrada como uma espécie de escassez artificial, portanto não tida como insuperável¹⁸⁷.

Vale frisar que esses casos se aproximam mais a concepção de execução orçamentária e a inviabilidade de se fazer certa despesa. De uma forma bem resumida, é sabido que a lei orçamentária traz em seu bojo as receitas e as despesas de um Estado. Para que este não incorra num *déficit* orçamentário, nenhuma despesa deve ser realizada sem a respectiva dotação. Ou seja, a falta de previsão de uma receita para fazer frente com uma despesa ou a previsão de uma despesa maior do que a receita disponível, estão fortemente relacionadas à ideia de disponibilidade jurídica dos recursos. Aqui, as verbas podem até existir de fato, porém podem não ter sido devidamente alocadas¹⁸⁸.

Reiterando, diferente do que acontece na escassez real ou econômica, no caso ora tratado, como já foi falado acima, os recursos são economicamente existentes no plano fático. O problema reside na alocação dessas verbas. Isso quer dizer que a destinação de recursos

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...* p. 514.

¹⁸⁴ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* pp. 218-219.

¹⁸⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos...* p. 216.

¹⁸⁶ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos...* p. 219.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtniner. *Reserva do possível...* p. 30.

¹⁸⁸ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva...* pp. 228-229.

para determinados setores acaba por acarretar o não atendimento de outras necessidades. Isso ocorre em razão de uma escolha disjuntiva de um órgão ou agente que possua competência em matéria alocativa¹⁸⁹.

Trata-se então do que se denomina de uma decisão política, que se dá por meio dessa definição de prioridades¹⁹⁰. Diz-se que essa escolha alocativa é revestida de caráter político justamente porque essas verbas podem ou poderiam estar distribuídas de diferentes maneiras, de acordo com a vontade dos órgãos públicos responsáveis. Nesses casos, a carga de racionalidade da reserva do possível – diferente do que ocorre na dimensão anteriormente abordada - fica prejudicada nas hipóteses em que haja uma indisponibilidade jurídica ou ficta dos recursos¹⁹¹.

Sendo assim, para tentar amenizar essa crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais, uma das saídas que se vislumbra é o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, por meio do controle social do orçamento público e da atuação do Poder Público da perseguição das metas fixadas constitucionalmente. Além disso, uma maior conscientização do Judiciário quanto ao seu dever primordial de zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, cumprindo esse papel da forma mais cautelosa possível¹⁹².

É importante também que se diga que o Estado não pode meramente alegar a reserva do possível como argumento para não satisfazer uma pretensão. Se faz imprescindível que ele comprove e demonstre que se reorganizar as despesas, isso causaria graves danos a outros direitos fundamentais¹⁹³.

Por fim, dentro desse contexto que envolve a dicotomia reserva do possível e efetivação dos direitos fundamentais, cabe a todos os órgãos e agentes públicos o papel de maximizar as verbas e diminuir o impacto da reserva do possível. Para isso, antes de mais nada, é preciso que se encare o instituto em estudo com ressalvas, obviamente sem ignorar a realidade de que a reserva do possível existe sim e não é uma falácia. O que não se pode, como já tratado anteriormente, é ver na reserva do possível um argumento impeditivo, um obstáculo intransponível à intervenção judicial, servindo como desculpa genérica para justificar a omissão estatal quando este é chamado a garantir a efetivação de direitos fundamentais. Dessa

¹⁸⁹ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria...* p. 220.

¹⁹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da...* p. 163.

¹⁹¹ SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria...* p. 221.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível...* p. 31.

¹⁹³ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais...* p. 195.

forma, cabe ao Poder Público comprovar a falta de recursos viabilizadores desses direitos assim como demonstrar a eficiente aplicação dessas verbas¹⁹⁴.

Recapitulando: o foco desse item girou em torno das dimensões da reserva do possível, quais sejam: a) disponibilidade fática dos recursos, b) disponibilidade jurídica dos recursos e c) análise de razoabilidade e proporcionalidade da prestação. As duas primeiras já foram brevemente destrinchadas. Chegou então a vez de se falar na razoabilidade e na proporcionalidade.

Na verdade, esse assunto já foi visitado quando se tratou da origem e evolução da reserva do possível na jurisprudência alemã. A razoabilidade e a proporcionalidade da prestação podem ser retiradas do acordão paradigmático *Numerus Clausus*, quando ele textualmente expressa que a reserva do possível consiste naquilo que o indivíduo pode, razoavelmente falando, exigir da sociedade¹⁹⁵.

Sendo assim, mesmo que o objeto de determinada prestação esteja tanto fático quanto juridicamente disponível, não existe falar em obrigatoriedade de prover algo que não se mantenha nos limites do razoável. Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade fazem parte do núcleo essencial da reserva do possível. Isso porque o âmbito do direito subjetivo prestacional não pode ser mensurado sem a realização de uma análise envolvendo adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito frente ao direito ou dever *prima facie* contraposto¹⁹⁶.

Vale ressaltar o posicionamento de Fernando da Silva Comin, que em seu artigo sobre o instituto objeto desse estudo, não considera a razoabilidade e a proporcionalidade da pretensão como dimensões da reserva do possível. Para o autor, ambas constituem núcleo desta última, pois apenas determinam a medida de realização da prestação, não tendo autonomia para representarem uma objeção *prima facie* ao direito subjetivo vindicado. Segue afirmando que essa condição não se aplica às disponibilidade fática e disponibilidade jurídica do objeto, que per si só, detêm conteúdo suficiente para essa objeção. O jurista ainda conclui justificando que a razoabilidade e a proporcionalidade, por constituírem preceitos comuns a serem respeitados em quaisquer atividades restritivas de direitos fundamentais, não podem ser encaradas como algo próprio e exclusivo referente à reserva do possível.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível...* p. 32.

¹⁹⁵ BVerfGE 33, 303.

¹⁹⁶ COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva...* pp. 230-231.

CAPÍTULO 2. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: A PROMISSORA RELAÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

2.1 Preliminarmente: conceito e características do ativismo judicial

Entre os anos de 1954 e 1969, a Suprema Corte norte-americana foi presidida por Earl Warren. Durante essa gestão, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa, um grande avanço em relação a várias práticas políticas nos Estados Unidos. Todo esse processo foi conduzido por uma jurisprudência progressista no campo dos direitos fundamentais. Vale registrar que essas transformações ora narradas aconteceram sem a participação do Congresso ou do Presidente da República, mediante decretos. Foi nesse cenário, com a atuação proativa da Corte em relação a esses direitos, que surgiu, então, a expressão ativismo judicial¹⁹⁷.

Os contrários a esse movimento promoveram uma intensa reação conservadora que atribuiu ao ativismo judicial uma conotação negativa. Era como se esse ativismo estivesse equiparado ao exercício impróprio do Poder Judiciário. Entretanto, ultrapassada essa crítica ideológica, a concepção de ativismo judicial está atrelada a participação mais ampla e intensa deste Poder na efetivação dos valores e objetivos constitucionais, com uma maior ingerência no campo de atuação do Legislativo e do Executivo. Na verdade, em muitos dos casos, nem sequer ocorre um confronto, mas mera ocupação de espaços vazios¹⁹⁸.

A locução ativismo judicial foi utilizada, pela primeira vez, em um artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana na época do *New Deal*. Importante que se diga que, antes dessa fase progressista consolidada no período em que a Corte teve como líder Earl Warren, o ativismo judicial, num primeiro momento, tinha traços conservadores. Foi, inclusive, nessa atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram legitimidade e substrato para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação de leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937)¹⁹⁹.

Conforme já citado, a situação inverteu-se a partir da década de 50. A prova dessa nova postura pode ser verificada em alguns julgados emblemáticos. É o caso do *Brown v. Board of Education*, em 1954, que considerou ilegítima a segregação racial nas escolas. Em

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* p. 441.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* pp. 441-442.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 7.

outro julgado desse mesmo período foi garantido aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963). Outro exemplo é o *Griswold v. Connecticut*, 1965, que consagrou o direito de privacidade, proibindo que o Poder Público invadisse o quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivo.

No Brasil, é latente essa posição claramente ativista adotada pelo Judiciário. Trata-se de hipóteses nas quais se percebe um afastamento de juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito. Essa proatividade os aproxima a uma função que mais se parece com a de criação do próprio direito²⁰⁰. No próximo item, a presente pesquisa abordará alguns casos em que fica configurada tal atuação do Judiciário.

Do lado oposto ao ativismo encontra-se a autocontenção judicial. Acontece quando o Judiciário busca diminuir sua interferência nas ações dos outros poderes. Seguindo essa linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso, em sua obra, preleciona:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões destes últimos.²⁰¹

A doutrina costuma apontar a conexão existente entre judicialização da política e ativismo judicial. O primeiro tema será abordado no próximo tópico dessa pesquisa. De uma maneira superficial e apenas introdutória, a judicialização da política consiste na provocação do Judiciário feita pela sociedade. Em contrapartida, o ativismo se configura quando os magistrados interpretam normas jurídicas e ampliam o seu sentido com o intuito de alcançar o que se entende por justiça. Trata-se então de uma resposta proativa deste Poder à comunidade. Percorre justamente o caminho inverso da judicialização da política. Luís Roberto Barroso afirma que esses dois institutos são primos. E completa afirmando que ambos vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não possuem as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas²⁰².

Esse mesmo jurista identifica algumas formas por meio das quais o ativismo judicial pode se apresentar, quais sejam: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* p. 442.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* pp. 442-443.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...* p. 6.

legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas²⁰³.

Ao longo dessa pesquisa, verificou-se que a expressão “ativismo judicial” passou a ser encarada sob uma ótica maniqueísta. Explico: tal ativismo pode ser o remédio contra a inércia dos outros poderes, inércia essa violadora de direitos constitucionalmente reconhecidos. Por outro lado, apresenta-se também como uma ofensa ao princípio da separação de poderes, decorrendo disso uma usurpação das funções atribuídas por lei ao Executivo e ao Legislativo²⁰⁴.

Diante desse panorama, muitos são os juristas que trazem esse assunto à tona, sob as mais variadas perspectivas.

Há quem associe a expansão do Poder Judiciário à solidificação do Estado Democrático de Direito e à disseminação dos Direitos Humanos após a Segunda Guerra Mundial. Passado esse período desastroso, um novo constitucionalismo surgiu focado em garantir valores humanos e democráticos inseridos no texto constitucional. Nesse contexto, o Poder Judiciário apresenta-se como uma ferramenta institucional de proteção desses direitos, representando uma alternativa, uma configuração inédita e peculiar de espaço público contramajoritário capaz de, com a ampliação de sua dimensão política, garantir os ideais de igualdade, liberdade e dignidade humana. É justamente nesse cenário de maior inserção quantitativa e qualitativa do Judiciário no campo político que emergem os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política²⁰⁵.

De fato, em termos teóricos, o ativismo judicial almeja a concretização do texto constitucional lançando mão, caso necessário, da interferência no campo dos demais poderes. Um magistrado ativista, por meio dos seus julgados, pode rever, contestar ou substituir decisões do Legislativo e do Executivo²⁰⁶. Isso, de certo modo, faz desse juiz um agente

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* p. 442.

²⁰⁴ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 123.

²⁰⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* pp. 324-325.

²⁰⁶ No âmbito do Supremo Tribunal Federal, alguns Ministros já exteriorizaram suas opiniões sobre o assunto em tela. Celso de Mello, em discurso proferido na posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente da Corte, reiterou o seguinte: “Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito

político, visto que o ativismo judicial implica tomada de decisões dessa natureza²⁰⁷. De acordo com Evandro Gueiros Leite, tal posicionamento mostra uma vertente progressista, a qual sabe entender a realidade da sua época e atribuir às decisões um caráter construtivo, guiado pela busca da consagração dos valores essenciais e vigor²⁰⁸.

Para Ronald Dworkin, o ativismo judicial é mais do que uma alternativa. O autor vai além: entende que para garantir a moral, a justiça e a democracia, tal comportamento dos magistrados mostra-se como um compromisso inadiável dos Tribunais²⁰⁹. Nessa concepção, se prioriza uma postura de interpretação material-valorativa nos julgados, sem o estrito cumprimento da lei de forma lógico-formal kelsiana. As decisões de cunho ativista se fundamentam na interpretação de princípios constitucionais e, com isso, atraem para si a competência institucional de deliberar acerca das mais variadas questões que, inclusive, encontram-se na zona limítrofe entre política e direito²¹⁰.

Kent Roach, no artigo *The myths of judicial activism*, elenca uma série de mitos acerca da atividade proativa dos juízes. Além disso, questiona aqueles que são avessos ao ativismo em relação ao que esperam dos magistrados. Destaca que questões jurisprudenciais de maior complexidade nem sempre comportam explicações pormenorizadas. Afinal, entende que se os juízes são livres para imprimir suas visões de mundo fundamentados na legislação, não deveriam ter que explanar suas interpretações de textos relevantes, precedentes e tradições que afetam a questão diante deles²¹¹.

Há aqueles juristas que contestam a legitimidade dos juízes quando decidem questões de ordem política. Alguns são os argumentos apontados, dentre eles o desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Nessa linha, Carlos Blanco de Moraes ao tratar das sentenças substitutivas (sentenças interpretativas de acolhimento) e das “sentenças de revisão constitucional” assevera que ambas são altamente perturbadoras do princípio supracitado²¹².

incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República”. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 15 de agosto de 2020.

²⁰⁷ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 126.

²⁰⁸ LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. In STJ: Dez Anos de Serviço da Justiça: Doutrina. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

²⁰⁹ Tal jurista encara o ativismo judicial como caminho para a Corte cumprir sua função e servir aos cidadãos pela justiça pública, configurando uma ferramenta de proteção dos direitos fundamentais.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2020. pp. 215-231.

²¹¹ ROACH, Kent. *The myths of judicial activism*. Supreme Court Law Review. Vol. 14, 2001. p. 299. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1144766> Acesso em 15 de agosto de 2020.

²¹² Ainda completa destacando que o Tribunal Constitucional português se aventurou no perigoso sendeiro da criação de normas “*ex nihilo*”, ou seja, aquelas normas que nem estão fundamentadas num raciocínio analógico ou numa extensão lógica do segmento de norma remanescente nem decorrem da aplicação de uma norma

Sobre tais sentenças, o jurista português escreveu:

Uma das mais expressivas manifestações de activismo dos tribunais constitucionais. Pressupondo que o legislador deva prever uma coisa e acabe por prever outra diversa que se mostra desconforme com a Constituição, estas sentenças procedem à substituição do segmento normativo contrário à Lei Fundamental por outro que lhe seja afeiçoado.²¹³.

Elival da Silva Ramos, por exemplo, entende o ativismo judicial como um fenômeno que provoca a descaracterização da função típica destinada ao Poder Judiciário. Para o autor, há uma interferência ardilosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente reservadas aos demais Poderes. Assevera ainda que, nessas atuações proativas, os juízes ultrapassam as fronteiras impostas na Constituição, invadindo as atribuições do Legislativo e do Executivo, configurando, dessa forma, um desrespeito aos limites substanciais da função jurisdicional²¹⁴.

Quem também se manifesta contrariamente ao ativismo judicial é Niklas Luhmann. Argumenta que os códigos, programas e operacionalidades dos sistemas político e jurídico são específicos dentro de cada um desses modelos²¹⁵.

Diante do que foi apresentado até esse momento, em suma, a abordagem do ativismo judicial pode ser dar mediante duas concepções. A primeira dessas perspectivas destaca o risco de um governo de juízes ou de magistrados legisladores. Nesse caso, a posição afirmativa dos juízes se configura como uma invasão de competências, com a ocupação de um campo de legitimidade que não lhe pertence. Como consequência disso, uma desestabilidade institucional, afetando por sua vez o Estado Democrático de Direito. O Judiciário coloca-se como um superpoder e os juízes como uma elite moral a qual, sem se preocupar com os rigores constitucionais estabelecidos democraticamente, impõe seus valores pessoais sobre os outros.

Em contrapartida, a segunda corrente revela os juízes proativos como garantidores de direitos fundamentais diante da inércia dos demais poderes. Sendo assim, tais magistrados desempenham uma função relevante para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito. O protagonismo do Judiciário é encarado como uma ferramenta da democracia representativa.

constitucional. In: MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.). *As sentenças intermediárias da justiça constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 73.

²¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos...* p. 71-72.

²¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 73-74.

Tendo em vista esse cenário todo, a questão é analisar se o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal realmente acontece e como isso se relaciona com a teoria da separação dos poderes e uma possível redefinição dos seus contornos.

É plausível o entendimento de Luís Roberto Barroso quando na conclusão de seu artigo define o ativismo judicial:

Antídoto poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo²¹⁶.

É necessário ter cautela e analisar os limites e possibilidades do ativismo judicial sem que com isso seja deflagrado um governo de magistrados. Esse fenômeno onde há uma transferência de poderes decisórios das instituições eminentemente políticas representativas para o Judiciário foi denominado de “juristocracia”²¹⁷ e pode oferecer riscos a estabilidade institucional.

2.2 Ativismo judicial e judicialização da política no contexto brasileiro.

Conforme já pincelado no tópico anterior, ativismo judicial e judicialização da política configuram conceitos que caminham juntos, mas que não podem ser confundidos. A judicialização é fruto do modelo constitucional adotado pelo Brasil e não um exercício deliberado da vontade política²¹⁸. Já a atitude, consistente na opção de uma maneira específica e proativa de interpretar a Constituição, com a expansão de seu sentido e alcance, é chamada de ativismo judicial.

Fazendo um paralelo entre essas duas conceituações, o ativismo judicial estaria inserido na judicialização da política, fenômeno este mais amplo. Explico: o ativismo está associado a uma atuação mais ampla e proativa do Poder Judiciário na efetivação dos ditames constitucionais. Em razão disso, deflagra-se uma interferência maior desse poder na esfera dos demais. Sendo assim, o ativismo judicial seria o passo seguinte a judicialização. O

²¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...* p. 19.

²¹⁷ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004. p. 1.

²¹⁸ Considerando o princípio da inércia, segundo o qual o magistrado só atua quando é feita sua provocação, percebe-se que judicialização não depende do Judiciário e sim resultado do modelo constitucional adotado.

Judiciário, não conformado à simples revisão de ato tomado no âmbito dos outros dois poderes, se projeta como protagonista das decisões políticas sempre que provocado²¹⁹.

Antoine Garapon foi além e, em sua obra, afirmou que o Poder Judiciário encarou o papel de “centro de gravidade da democracia”. Atribuiu a apatia popular e a incapacidade do poder político em oferecer respostas as demandas sociais como determinantes para o advento da judicialização da política²²⁰.

Inicialmente, é válido lembrar que, no contexto das principais democracias contemporâneas, a ampliação do Poder Judiciário está intimamente ligada ao avanço do Estado Democrático de Direito e a consequente irradiação dos Direitos Humanos após a fatídica experiência vivida na Segunda Grande Guerra. Esse marco proporcionou então o surgimento de um novo constitucionalismo com um propósito de criar constrangimentos substantivos à arena majoritária, por meio da imposição de limites à regra da maioria e da concepção de supremacia da Constituição, e, dessa maneira, resguardar os valores humanos e democráticos inseridos na Carta Constitucional.²²¹

Diante desse cenário, conforme já foi dito, o Poder Judiciário figura como relevante via institucional de proteção desses novos valores de constitucionalismo democrático, se apresentando como uma espécie de arena pública contramajoritária, com a consequente ampliação de sua dimensão política²²².

É justamente nessa ocasião na qual há uma maior inserção quantitativa e qualitativa do Judiciário na esfera política que emerge o fenômeno da judicialização, matéria ora abordada. Tal fenômeno acaba por oportunizar um protagonismo dos Tribunais que, por sua vez, passam a ser provocados a participar, de uma forma mais incisiva e direta, das questões políticas centrais que norteiam as democracias atuais²²³.

A judicialização da política seria uma reação do Poder Judiciário frente à provocação de um terceiro com a finalidade de revisar a decisão de mérito de um poder político (Executivo ou Legislativo) utilizando como fundamento a Constituição e, ao realizar tal revisão, o Judiciário estaria amplificando o seu poder em relação aos demais, visto que se caracteriza

²¹⁹ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 113.

²²⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 45.

²²¹ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 324.

²²² VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 324.

²²³ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 326.

pela intromissão de decisões judiciais e introdução de procedimentos de natureza judicial em diversos espaços políticos²²⁴.

Dito isso, situações como: aplicação da Constituição a hipóteses não expressamente estampados em seu texto e independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente no que tange a políticas públicas; a declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos do que os de evidente e ostensiva violação da Carta Magna, constituem exemplos de políticas que se judicializam, contemplando a postura ativista e de protagonismo encarada pelo Judiciário²²⁵.

O termo “judicialização da política” passou a fazer parte do acervo da ciência social e do direito a partir do estudo desenvolvido por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nesse projeto, foram formuladas linhas de análises comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diversos países.

Para os autores supracitados, a judicialização da política constitui um fenômeno de transferência de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais; bem como a propagação dos métodos judiciais de decisão para fora das cortes de direito propriamente ditas²²⁶.

Ainda nessa seara, judicializar a política, segundo esses pesquisadores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na solução de disputas e demandas nas áreas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das esferas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas baseadas na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *check and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

Nas palavras de Vallinder e Tate, a judicialização da política:

(1) a expansão do âmbito dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência do poder de decisão do legislador do governo ou da administração civil para os tribunais, ou, ao menos (2) a repercussão dos métodos na tomada de decisão judicial para fora do âmbito judicial em sentido próprio. Em síntese, podemos dizer que a

²²⁴ VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995. p. 74.

²²⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 326.

²²⁶ VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The global expansion...* pp. 13-36.

judicialização abrange essencialmente uma transformação na direção do processo judicial²²⁷.

E complementam:

1. O processo segundo o qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, crê-se amplamente, que ao menos, deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. O processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas)²²⁸.

Já no Brasil, a expressão “judicialização da política” começou a ser utilizada no final dos anos 90 nos estudos dos juristas Ariosto Teixeira (1997), Marcus Faro Castro (1997) e Werneck Vianna (1999).

Quanto as causas que fazem desse fenômeno uma realidade no cenário brasileiro, algumas são indicadas. Luís Roberto Barroso elenca três como principais. Essas, por sua vez, serão tratadas a seguir.

O referido autor acompanha a doutrina mais recente e aponta também a redemocratização do Brasil como a grande mola propulsora para o desenvolvimento dessa judicialização²²⁹. Ainda que o sistema democrático não configure como algo determinante para caracterizá-la, entende-se como condição essencial para a ampliação do poder judicial a adoção deste sistema. Isso porque, em regimes totalitários, por conta do baixo grau de criticidade e liberdade de todos os atores sociais, a judicialização não parece algo viável de ocorrer em tal contexto²³⁰. Mesmo que no começo do Estado Social no Brasil, nos idos de 1930, existissem ferramentas de defesa judicial, os períodos autoritários balizavam a atuação e envolvimento deste Poder no campo político²³¹.

Pode-se afirmar, portanto, que a Constituição de 1988, ao alçar o Judiciário a um patamar de protagonista, com a inegável ampliação de suas responsabilidades institucionais, favoreceu a consolidação do fenômeno ora estudado. Nas últimas décadas, com o restabelecimento das garantias da magistratura, o Judiciário transformou-se num verdadeiro poder político, deixando assim de ser unicamente um departamento técnico-especializado. Munido dessa nova roupagem, com o argumento de garantir a Constituição e as leis, é capaz, inclusive, de entrar em confronto com os outros Poderes²³².

²²⁷ VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The global expansion...* p. 13.

²²⁸ VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The global expansion...* p. 13.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...* p. 3.

²³⁰ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 111.

²³¹ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 337.

²³² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...* p. 3.

Ainda nessa linha, Luís Roberto Barroso destaca o fato de que, o novo grupo de Ministros do Supremo Tribunal Federal, não deve as respectivas nomeações a Presidentes do regime militar. Essa atmosfera democrática reativou o espírito de cidadania da população, que, tendo maior informação e consciência acerca dos seus direitos, passou então a provocar mais os juízes e os tribunais em busca da proteção dos seus interesses²³³.

A denominada “constitucionalização abrangente” figura como a segunda causa ensejadora da judicialização da política. Trata-se de uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), a qual foi potencializada na Carta Magna Brasileira. Consiste justamente na inclusão, no texto constitucional, de inúmeras matérias que anteriormente ficavam reservadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Constitucionalizar determinada demanda acarreta a transformação de política em direito. Luís Roberto Barroso classifica a Constituição de 1988 como “analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador”. Sendo assim, diversas foram as matérias que ganharam o *status* de constitucionais. Logo, tornam-se pretensões jurídicas em potencial, cujo debate poderá chegar aos tribunais por meio da formulação de ações judiciais²³⁴. Ou seja, quando provocado, o Judiciário vai precisar se manifestar.

A terceira causa da judicialização atribui-se ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Possui uma natureza híbrida, combinando peculiaridades de dois modelos: o americano e o europeu.

Dessa forma, no contexto pátrio, aplica-se um controle incidental e difuso por influência do sistema americano. Isso permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de fazer valer uma lei em determinada situação concreta em que tenha sido levado a atuar, caso a considere uma legislação inconstitucional. Em contrapartida, o controle de constitucionalidade brasileiro também possui traços do modelo europeu. Tal controle é efetuado por meio da denominada ação direta²³⁵. Existem algumas matérias passíveis de serem levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando assim que quaisquer demandas políticas ou moralmente relevantes cheguem até a apreciação da Corte²³⁶.

²³³ O jurista ainda ressalta a expansão institucional do Ministério Público e a presença da Defensoria Pública como elementos importantes nesse contexto de consolidação da judicialização da política.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...* p. 4.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial...* p. 4.

²³⁶ Além do extenso leque de matérias que podem ser objeto de ação direta de constitucionalidade, o art. 103 da CF/88 vislumbra um direito de propositura bem amplo, o qual pode ser exercido por inúmeros órgãos, sociedades de classe, confederações sindicais, entre outros agentes.

Fernando Gomes de Andrade, em sua tese, levanta um questionamento importante acerca do monopólio da “última palavra” em matéria constitucional que é exercido pelo Supremo:

Esse fato torna o embate ideológico desigual, haja vista ser o STF o guardião da Constituição, logo, quaisquer questões podem ser resolvidas na seara judicial, não importando a matéria, pois a fluidez e vagueza de um texto plurissignificativo como é a Constituição, torna possível o deslocamento da arena discursiva e decisória (com caráter definitivo) para o âmbito judicial, mesmo que sejam questões envolvendo política pura²³⁷.

Nesse diapasão, Ran Hirschl lança holofotes para a ocorrência de um aprofundamento da atuação política dos magistrados em demandas de política pura ou mega política e enxerga nisso um novo momento da judicialização da política. Na prática, isso implica dizer que decisões de extrema importância e carregadas de viés político envolvendo, por exemplo, resultados eleitorais, mudança de regime político, alterações no processo democrático, financiamento de campanha, entre outros, seriam decididas pelo Judiciário²³⁸.

Na obra intitulada “Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial”, Loiane Prado Verbicaro, mesmo compreendendo a judicialização da política como algo global empiricamente verificável nas democracias contemporâneas, elaborou uma listagem de condições favoráveis ao desenvolvimento desse fenômeno no Brasil.

Foi partindo da análise desenvolvida por C. Neal Tate no caso norte-americano e levando em consideração as distinções e singularidades próprias vivenciadas na ordem política, econômica e social brasileira que a jurista elencou treze circunstâncias propiciadoras do processo ora abordado sob a ótica da realidade do Brasil²³⁹.

A presente pesquisa pretende discorrer sobre algumas dessas causas elencadas, no entanto, sem a pretensão de exaurir a matéria. A primeira das causas facilitadoras foi justamente a promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa temática, inclusive, já foi abordada nesse item.

Pode-se dizer que a existência de uma Carta social, democrática e compromissária como é a brasileira e que traga consigo direitos e valores a serem resguardados pelo Estado e que possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos sociais que se sintam lesados pelo descumprimento de seus direitos, é um marco a se justificar um Judiciário capaz de

²³⁷ ANDRADE, Fernando Gomes de. *Da autolimitação ao ativismo judicial...* p. 117.

²³⁸ HIRSCHL, Ran. *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. Annual Review of Political Science, v. 11, 2008. p. 7. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008> Acesso em 12 de setembro de 2020.

²³⁹ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* pp. 337-363.

inserir-se na arena política com o fito de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional. Ou seja, quando na prática, tais direitos não são efetivados, existe uma instância julgadora a quem cabe garantir que os ditames constitucionais se concretizem²⁴⁰.

Outra causa apontada foi o reconhecimento, pela Constituição de 1988, do acesso à justiça como direito fundamental. A exata dimensão do que significa o acesso à justiça deve abarcar dois elementos: a acessibilidade do sistema a todos os cidadãos que precisam da tutela estatal e que essa estrutura judiciária engendrada realmente funcione, ou seja, deve propiciar aos indivíduos que a ela recorrem a produção de resultados socialmente justos²⁴¹.

Três foram as legislações que tiveram papel relevante na questão do acesso à justiça e na defesa dos direitos dos cidadãos: a) lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública; b) lei nº 9.099/95, diploma que trata do funcionamento dos juizados especiais, este baseado justamente na facilitação do acesso à justiça por meio da desburocratização, na desformalização e consequente simplificação do processo; c) direito dos consumidores, com a promulgação da lei nº 8.078/90.

Mesmo com todos esses avanços na direção do direito do acesso à justiça, não se pode deixar de registrar que, na prática jurídica cotidiana, alguns são os problemas encontrados quanto a efetivação real desse direito. Como exemplo, a morosidade processual, excesso de demandas nos Tribunais, reduzido numerário de juízes, alto custo das demandas judiciais, entre outros²⁴².

A organização tripartite dos Poderes com as respectivas autonomia e independência entre eles também é indicada como condição favorável a judicialização da política no Brasil.

Sobre o assunto, Loiane Prado Verbicaro preleciona que:

Nos regimes tripartites e com supremacia constitucional, o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do Estado. Dessa forma, o Judiciário age tanto como um poder legislador negativo, quando suspende a eficácia da norma ou parte dela; como atua, também, como legislador positivo, quando interpreta, aplica e define o sentido e a abrangência do texto normativo. Ressalte-se a importante atuação do Poder Judiciário como órgão contramajoritário para a proteção das minorias insulares, é dizer, para a proteção dos direitos fundamentais ante o poder opressivo das majorias eventuais e seu ímpeto faccionista.²⁴³

240 VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 339.

241 VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* pp. 339-340.

242 VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 340.

²⁴³ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 344.

Outra causa reconhecida como influenciadora para esse contexto é o fato da Carta Magna de 1988 ser caracterizada pela presença de alguns elementos tais como fatores de indeterminação, textura aberta, normas pragmáticas, cláusulas indeterminadas e conceitos discricionários em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica. Consequentemente, os intérpretes judiciais são alçados a uma posição de destaque visto que, por conta disso, estão inseridos nas principais discussões e reflexões políticas, filosóficas e jurídicas que norteiam os debates das democracias atuais²⁴⁴.

De acordo com Loiane Prado Verbicaro, somado ao discorrido acima, esse processo interpretativo quebra com a ideia, com o mito da neutralidade do magistrado. Esse, por sua vez, não é um ser neutro, a-histórico, a-existencial ou atemporal. Com isso, se faz necessário levar em consideração que o juiz interpreta a norma a partir de juízos pré-elaborados de valores e convicções os quais foram cultivados a partir da sua existência no mundo²⁴⁵. A jurista aponta justamente a superação desse modelo formalista de interpretação como uma das causas que corroboram para a ocorrência do fenômeno da judicialização. E finaliza afirmando que a ruptura desse modelo – que passou questionar a teoria da interpretação como dedução meramente lógica e formal do texto interpretativo - proporcionou mudanças significativas na aplicação do direito e ampliou consideravelmente o poder e as responsabilidades do intérprete judicial no contexto contemporâneo²⁴⁶.

Assim como Luís Roberto Barroso, a jurista Loiane Prado Verbicaro atribuiu a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal, que passou a participar da arena política de resoluções de conflitos constitucionais por meio da sua atuação no controle de constitucionalidade dos atos normativos, como circunstância favorável ao desenvolvimento da judicialização. O mesmo ocorre com a extensa lista de legitimados ativos para propor a ação direta de constitucionalidade. Esses dois autores em questão concordam que esses fatos possuem relevância no contexto da judicialização da política. Ambas as temáticas já foram abordadas no presente tópico.

²⁴⁴ Diante desse panorama ora narrado, constata-se uma sensível minimização do rigor e da estrita subsunção do magistrado a conceituações jurídicas fixas. Ampliam-se então as hipóteses nas quais os juízes são convidados a valorar autonomamente as normas constitucionais e, por vezes, a deliberar e atuar de uma maneira parecida ao legislador. É importante ressaltar que, mesmo haja um certo “afastamento” por parte dos Tribunais no que tange a estrita vinculação a lei, tal fato não permite ao magistrado uma total e irrestrita liberdade de julgamento. Existem balizas e pautas normativas que precisam ser obedecidas na ocasião da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. In: VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 345-347.

²⁴⁵ Mauro Cappelletti entende que qualquer interpretação do direito traz em si alguma medida de criatividade. No entanto, frisa que isso não pode ser confundido com total liberdade dos intérpretes. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 76-92.

²⁴⁶ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* pp. 347-348.

Passando para a seara das causas sociais e econômicas elencadas como favoráveis ao fenômeno ora estudado, destaca-se o surgimento de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais. Visando o reconhecimento e efetivação dos seus direitos, esses agentes se mobilizaram e começaram a buscar o Poder Judiciário. Isso revela uma maior participação política dos atores sociais e um engajamento da sociedade civil organizada, especialmente após o processo de democratização do Brasil²⁴⁷.

Tal mobilização dessas forças sociais, impulsionadas principalmente por um discurso de garantias de direitos fundamentais, colocou o Poder Judiciário numa posição de protagonista político, afinal a esse poder foram projetadas expectativas sobre sua capacidade de solucionar questões de cunho político e social não resolvidos adequadamente pelas instâncias político representativas. Esse acionamento se dá, inclusive, em relação aos atos e omissões praticados pelos outros poderes públicos, o que acaba por inserir, mais uma vez, o Judiciário na arena política²⁴⁸.

Há quem enxergue na judicialização da política um evento favorável. Nanci de Melo e Silva defende que os magistrados devem atuar politicamente, cedendo vida e realidade aos ditames constitucionais quando provocados a decidir. Entende o juiz como um ente político do Estado e que essa é sua função-dever²⁴⁹.

Nessa linha, Sílvio Dobrowolski destaca outras funções importantes que devem ser exercidas pelo magistrado e que não se limitam aquelas que são apenas de cunho jurídico e técnico. Para o autor, cabe também aos juízes uma postura ativa, inovadora na ordem jurídica e social, cujas decisões possuem caráter e efeitos políticos. Complementa que isso deve ser feito de modo a respeitar a separação dos poderes e as normas legisladas para que se evite um “governo de juízes”²⁵⁰.

Por sua vez, Otto Bachof teme a chamada “ditadura do Poder Judiciário”, o que poderia provocar um desequilíbrio na balança dos poderes do Estado, ocasionando com isso, uma instabilidade no próprio Estado Democrático.

²⁴⁷ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* p. 356.

²⁴⁸ A obra da professora Loiane Prado Verbicaro ainda indica duas causas econômicas como causas da judicialização da política no contexto brasileiro, quais sejam: a) o capitalismo tardio e a veloz modificação da base econômica e b) o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX. Para maior aprofundamento nessa temática, consultar o estudo ora citado. VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política...* pp. 353-357.

²⁴⁹ SILVA, Nanci de Melo e. *Da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 151.

²⁵⁰ DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo*. In: Revista CCJ, ano 16, n 31, dezembro de 1995. pp. 92-101. Disponível em <http://www.bucalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf> Acesso em 18 de outubro de 2020.

Seguindo nessa linha, nas palavras de Paulo Otero:

A hipervalorização do papel do juiz ao nível da interpretação e integração das normas ordinárias e constitucionais confere-lhe um estatuto central do contexto da própria criação do Direito. Esse estatuto mostra-se mesmo revelador de uma supremacia do juiz perante os demais poderes do Estado, visto as suas funções ultrapassarem um mero controlo-resolutivo dos actos jurídicos²⁵¹.

Conforme se pode extrair, essa posição de protagonismo assumida pelos magistrados e o consequente ativismo judicial reservaram ao Supremo Tribunal Federal o ofício de deliberar acerca de todos os conflitos de interesses estipulados na Constituição de 1988. Com a jurisdição constitucional atuante e expansiva, percebe-se o risco que o novo contexto oferta à democracia, qual seja de transformar o Estado de Direito numa juristocracia. O desafio encontra-se justamente em encontrar esse equilíbrio. Canotilho encara o que chama de “direito judicial” como uma realidade. Entende como problemática apenas a sua extensão²⁵².

2.3. Criação Normativa e Limites do Poder Judiciário

Todo esse contexto que foi mencionado nos itens anteriores revela o fenômeno do ativismo judicial e o consequente alargamento do poder dos juízes, inclusive em relação à transferência da criação normativa também como uma atividade do Judiciário, antes primordialmente concentrada no Poder Legislativo. É claro que o movimento de legislar não acompanhará as inovações das situações cotidianas que não podem todas serem exatamente regulamentadas.

Ou seja, quando consideradas as lacunas normativas, não parece problemática a criação do Direito pelo juiz. Quando se trata de um conflito normativo, no entanto, essa posição pode se tornar ainda mais problemática. Nesse ponto, destaque-se a ressalva de Pedro Moniz Lopes que considera perigoso que a criação normativa ocorra nesta hipótese porque só poderia ser legitimada utilizando-se da ponderação (que presume as normas de reconhecimento do ordenamento e não propriamente uma inovação nas normas)²⁵³.

²⁵¹ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. p. 34.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

²⁵³ Vide, nessa linha: LOPES, Pedro Moniz. *Uma incursão nos modelos teóricos de criação judicial de direito a partir de «Los Jueces ¿Crean Derecho?» de Eugenio Bulygin*. In: LOPES, Pedro Moniz. *Estudos de Teoria do Direito*. Lisboa, AAFDL, 2018. pp. 35-63.

Não se pode olvidar também que a interpretação, intrínseca à atividade judicial, é marcada pela criatividade e dá os contornos da atividade judicial. A problemática está na imposição de um limite em torno da narrativa judicial que, apesar de preencher lacunas legislativas muitas vezes, não pode ser realizada de um modo desapropriado pelo julgador. Apesar dos muitos esforços da doutrina e, especialmente, em países como o Brasil onde há muita temática para desenvolver em torno de uma excessiva atividade criadora do Poder Judiciário, não há nenhuma teoria que possa explicar e/ou justificar o desenvolvimento de uma metodologia apta a delimitar os limites do judiciário.

A teoria da proporcionalidade talvez seja aquela que mais se aproximou da tarefa de racionalizar e delimitar a fronteira entre a interpretação criativa e a efetiva criação normativa. Ainda assim, não é possível afirmar que estes limites conseguem ser objetivamente observados, dado que há sempre um elemento que estará envolto a uma determinada discricionariedade e dela dependerá a justificação para comprovar se a decisão ultrapassou ou não a tênue linha da criação normativa.

Não é novidade a discussão que suscita a criação judicial do Direito, que é definido como um ordenamento jurídico dotado de características de generalidade. Nessa linha, o Direito é criado dentro desse espaço normativo de forma que, para cada caso concreto em que se aplica a norma, há a possibilidade de criação judicial (mesmo que sem caráter geral) quando o juiz encontra uma solução para o caso individual.

Para Kelsen, por exemplo, os termos desta afirmação definem que o magistrado é apto para alterar a definição da norma no ordenamento jurídico ou ainda leva o legislador a criar a partir daquelas situações novas normas dotadas de generalidade²⁵⁴. Mesmo que o magistrado crie uma jurisprudência dotada de uniformidade, ela não é, por si, capaz de criar norma geral. Diversamente é o que acontece no âmbito dos sistemas de *common law* que induzem a criação da norma dentro do sistema de precedentes todas as vezes que seja necessário criar uma nova solução para a questão trazida a apreciação do magistrado.

Sobre o tema, interessante observar o estudo de Paulo Brandão que afirma a relevância da distinção entre os dois sistemas:

Quando se estabelece um debate sobre a criação do Direito sem definir claramente qual o âmbito do sistema jurídico para ao qual se está dirigindo, cria-se a falsa ideia de que é possível chegar a um mesmo resultado teórico para qualquer das tradições jurídicas. Neste ponto cabe uma crítica à conclusão de Bulygin, quando adota a terceira possibilidade, entre as três

²⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4.

que enuncia, afirmando que o juiz cria norma com caráter de generalidade quando não exista a norma reguladora advinda do legislador. Claramente aqui o enunciado é adequado ao sistema de Common Law e não de Civil Law²⁵⁵.

Nesses termos, como não há uma definição completa sobre a atividade criativa do juiz – nem legislativa, nem doutrinária –, verifica-se uma verdadeira inclinação do Poder Judiciário em preencher no âmbito de um sistema de *Civil Law* conforme a sua discricionariedade, inclusive quando a decisão trata de desacordos morais razoáveis²⁵⁶. O juiz estabelece, assim, na sentença, as suas preferências pessoais como uma escusa para “criar o direito” num sistema em que não é, a princípio, cabível fazê-lo sem que se atente aos limites que regulam a atividade do magistrado. Isso levanta questões ainda mais profundas sobre o verdadeiro alcance dos limites destas atividades, no eventual desequilíbrio que pode causar a separação de poderes e, principalmente, ao regime de segurança jurídica delimitado pelo Estado Democrático de Direito, que terão seus contornos mais amplamente discutidos no próximo tópico.

²⁵⁵ BRANDAO, Paulo. Os Juízes criam Direito? Uma reflexão sobre ativismo Judicial e Direitos Fundamentais. e-Pública, Lisboa, v. 6, n. 2, p. 168-187, set. 2019. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2019000200009&lng=pt&nrm=iso Acesso em 13 de dezembro de 2020.

²⁵⁶ Sobre o tema verificar com maior profundidade as proposições de: WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Tradução. Madrid: Marcial Pons, 2005 e WALDRON, J. *A essência da oposição ao Judicial Review*. In: BIGONHA, A. C. A. e MOREIRA, L. Legitimidade da jurisdição constitucional. Tradução de Adauto Vilela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPÍTULO 3. ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SEPARAÇÃO DE PODERES E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RECENTE

3.1. Breve Histórico do Supremo Tribunal Federal: da Autolimitação ao Ativismo Judicial

Depois de enquadrar o conceito de ativismo judicial e analisar o cenário brasileiro, é interessante relatar o percurso histórico das decisões do Supremo Tribunal Federal que nem sempre foram delineadas por marcas ativistas.

Apesar da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 permitir, desde então, que a Corte Constitucional, quando provocada, declare a inércia do legislador na hipótese de não criação de lei para regulamentar determinado dispositivo, por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão²⁵⁷, a neutralização política do Judiciário àquela época apenas informava ao legislador a ausência da norma, mas não o “substituía” nesse papel²⁵⁸.

Tome-se como exemplo o julgamento do Mandado de Injunção 124 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal que, em outubro de 1992, reconheceu a existência da mora e notificou o Congresso Nacional para que a norma regulamentadora fosse suprida²⁵⁹.

Até então, o Supremo evitava concretizar a norma porque entendia que o espaço deixado deveria ser preenchido pelo legislador, na preservação da harmonia entre os poderes²⁶⁰.

Entretanto, essa compreensão não se sustentou por muito tempo. Mais ou menos até 1999, prevê-se que o Supremo Tribunal Federal assumiu nessa primeira fase uma postura que se refletia numa “jurisprudência cautelosa e formalista, recusando ousadias de carácter criativo nas suas sentenças”²⁶¹.

²⁵⁷ Vide art. 103, § 2º da Constituição Federal de 1988: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²⁵⁸ FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 109.

²⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 124. Tribunal Pleno, Relator Ministro: Carlos Velloso, 07.10.1992.

²⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 124. Tribunal Pleno, Relator Ministro: Carlos Velloso, 07.10.1992.

²⁶¹ O autor português ao analisar o sistema brasileiro afirma ainda que: “Tendo preservado algumas situações consolidadas dos efeitos repressivos da decisão, o Supremo Tribunal foi restritivo na modelação dos efeitos

Depois da aprovação da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, reguladora do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que passou a dispor sobre a vinculação *erga omnes* das decisões interpretativas do Tribunal e a possibilidade da Corte deliberar por maioria de dois terços a modelação dos efeitos temporais das sentenças, que pode implicar na restrição da eficácia retroativa ou no diferimento dos efeitos repressivos para o futuro tendo em conta a segurança jurídica e o interesse social relevante, a Justiça Constitucional brasileira alargou o impacto das suas decisões²⁶².

É importante destacar, nesta linha as palavras do autor Rogério Bastos Arantes ao afirmar que:

Não há como desconsiderar, principalmente a partir da Constituição de 1988, que o Judiciário brasileiro se tornou fator condicionante fundamental do processo político. Basta uma simples retrospectiva dos principais conflitos entre os poderes do Estado e destes com as sociedades, nos últimos anos, para constatar que a reorganização constitucional de 1988 colocou o judiciário na difícil posição de árbitro do jogo político entre estes importantes contendores²⁶³.

O Supremo passou de um Tribunal marcado pela contenção das suas demandas em termos de atuação ativa para um Tribunal reconhecido por ativismos²⁶⁴. Ainda no mesmo exemplo do julgamento do Mandado de Injunção, nesse ano de 2020, mais uma emblemática decisão demonstra a viragem completa de paradigma do Supremo Tribunal Federal quanto a ultrapassar a linha dos limites do equilíbrio entre poderes²⁶⁵.

Ao passo que em 1992, o Supremo decidia declarando apenas a omissão e repassando para o Poder competente a necessidade do seu preenchimento, em 2020 o que se tem é um Tribunal que decidiu numa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº 26) em conjunto com o Mandado de Injunção (MI) nº 47337, que até não existir legislação que disponha de forma alternativa, as ações caracterizadas como homofóbicas e transfóbicas deverão ser colocadas nos tipos penais da legislação que define os crimes resultantes de “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”²⁶⁶, com exceção da liberdade de manifestações religiosas em defesa do padrão cisgênero

temporais das suas sentenças e quase omisso na prolação de decisões com efeitos aditivos”. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 255.

²⁶² Vide Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

²⁶³ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997. p. 24.

²⁶⁴ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*...p. 24.

²⁶⁵ KESKE, Henrique Alexander Grazzi; MARCHINI, Veronica Coutinho. *A criminalização da homofobia no Brasil: Análise jurisprudencial e doutrinária*. Revista Práxis. Novo Hamburgo, a. 16, n. 2, mai/ago, 2019.

²⁶⁶ Vide Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

heteronormativo que não configurem discurso de ódio. Também definiu que a transfobia e a homofobia devem ser consideradas como circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio doloso.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inércia do Congresso Nacional no que diz respeito ao cumprimento dos mandados de criminalização constantes no artigo 5º do texto constitucional nos incisos XLI e XLII que afirmam, respectivamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”²⁶⁷.

Para além do reconhecimento, determinou a criminalização imediata da homofobia e transfobia por meio do voto favorável da maioria dos ministros da Corte.

Sem pretensão de adentrar no mérito das decisões mencionadas, mas para demarcar uma evolução do comportamento de ativismo que simboliza a transformação da Corte Constitucional como guardiã da Constituição e como atuante na defesa de questões políticas na criação de “novas normas”²⁶⁸.

Não é difícil elencar decisões que demonstrem o comportamento protagonista do Supremo na ação política nacional sob o pretexto de efetivação da Constituição, indo além da defesa e interpretação, mas “jurisprudencializando” o texto constitucional²⁶⁹.

A Constituição passa a ser aquilo que o Supremo Tribunal Federal proclama que ela seja. No entanto, essa afirmação se demonstra paradoxal nos termos de uma tradição civilista romano-germânica de *civil law*.

Dessa forma, no contexto brasileiro o Judiciário máximo é o local para as decisões mais relevantes e que atingem diretamente a vida da sociedade – decidindo e construindo interpretações vinculativas para aspectos políticos, sociais, econômicos.

²⁶⁷ Ver a Constituição Federal de 1988. O STF amplia nessa decisão o conceito de racismo para abranger toda e qualquer forma de discriminação social.

²⁶⁸ LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate*. Estudantes Caderno Acadêmico. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007. A partir de 2003 podem ser detectadas ações que correspondem a ideia de nova fase do ativismo político do Supremo Tribunal Federal marcada pela renovação dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal.

²⁶⁹ ADEODATO, João Maurício Leitão. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: Congresso Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006, p. 335.

O Supremo Tribunal Federal se autoproclama, nesse sentido, como “empurrador da história” e “iluminista”, por judicializar questões políticas e ser ativista, colocando em risco a tênue linha de equilíbrio na atuação entre os poderes²⁷⁰.

Esse ponto de virada iniciou-se na própria Constituição quando ao Poder Judiciário foram designados maiores instrumentos de controle de atuação dos outros poderes – iniciando desde então uma permissão ao protagonismo experimentado pela Corte Constitucional²⁷¹.

A garantia de autonomia do Poder Judiciário, juntamente do aumento significativo de suas competências, promoveu o fortalecimento da Corte quase (ou totalmente) como uma segunda instância deliberativa²⁷².

Os tribunais receberam da Constituição atribuições que facilitaram o caminho para a judicialização da política, que não pode ser considerada simplesmente uma opção ideológica da Corte. Porém, deve ser levado em consideração também o cumprimento da sua função constitucional, cujo desenho permite a postura que a Corte apresenta diante de questões políticas, o que a tornou transformada de uma Corte de autocontenção para o ativismo percebido, sobretudo, ao longo dos últimos anos de atuação do Supremo Tribunal Federal²⁷³.

Apesar do aspecto negativo que o excesso do ativismo judicial pode assumir e das críticas que o comportamento do Supremo recebe, não é razoável afirmar que as decisões

²⁷⁰ Sobre os papéis do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso intitula os três principais como: contramajoritário, representativo e iluminista. Especialmente em relação às cortes constitucionais desenvolverem um papel iluminista aduz que “devem promover, em nome de valores racionais, certos AVANÇOS CIVILIZATÓRIOS E EMPURRAR A HISTÓRIA (grifo nosso). São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Esse trecho faz parte dos comentários finais do Ministro ao livro intitulado “A Razão sem voto diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso”, disponibilizado com o título *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: O Supremo*, seus papéis e seus críticos no sítio eletrônico: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos> acesso em 02 de setembro de 2020. Sobre o tema, recomenda-se também a leitura do artigo A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. Disponível em <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096> Acesso em 02 de setembro de 2020.

²⁷¹ VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 42-43.

²⁷² VERÍSSIMO, Marcos P. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira*. Revista Direito GV, v. 4. p. 407-440, 2008, p. 412. Nesse sentido, cfr. a posição de Fernando Gomes de Andrade, na sua tese de doutoramento pela Universidade de Lisboa (Da autolimitação ao ativismo judicial : um estudo acerca da releitura da teoria da separação dos poderes pelo poder judiciário brasileiro no Supremo Tribunal Federal) ao alegar que “inegavelmente a competência do STF foi aumentada pela atual Constituição, posto que além das garantias e prerrogativas, promoveu aumento nas ações constitucionais para defesa de direitos e fiscalização da constitucionalidade, a saber: ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, mandado de injunção, mandado de segurança individual e coletivo, ação popular, habeas corpus, habeas data, ação por descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade”.

²⁷³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, p. 441-459, 2008. p. 445.

políticas no Judiciário não devem acontecer por conta da função contramajoritária assumida pela Corte Constitucional, acrescido ao fato de que a participação do Judiciário de forma proativa pode ser um benefício para o desenvolvimento de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais, nomeadamente aqueles representados por minorias ocasionais²⁷⁴.

Não se pretende aqui demarcar apenas o lado ruim do ativismo, mas estabelecer, conforme a lição de Canotilho, a necessidade de um equilíbrio entre a contenção e o ativismo, de forma que:

Um tribunal excessivamente jurisdicional aplicará com rigor a ‘guilhotina fiscalizadora’ cortando cerce as raízes inconstitucionais semeadas nos actos normativos. Um tribunal excessivamente político apostará numa apreciação ponderada, graduada e modelada da inconstitucionalidade dos actos normativos, tendo em conta a ‘sensibilidade política’ do problema submetido à sua apreciação²⁷⁵.

O ativismo, nos termos da judicialização da política, faz com que o Poder Judiciário – manifestado principalmente pelo Supremo Tribunal Federal - aceite e assumo o protagonismo nas decisões políticas de forma que o Tribunal teria a responsabilidade de declarar a última decisão acerca de questões políticas, seja para validar ou para rejeitar uma decisão feita pelos órgãos representativos, inclusive com a possibilidade de substituir as escolhas majoritárias²⁷⁶.

O que acontece desde então é cada vez mais uma tendência de as questões carecerem de uma apreciação final do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, diversos temas chegam à apreciação da Corte visando a concretização de direitos fundamentais, a delimitação de atribuição dos outros poderes, questões federativas e econômicas, por exemplo.

No que diz respeito ao desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade das leis e omissões legislativas no cenário institucional brasileiro, além da promulgação da Constituição de 1988, as Emendas nº 3/93 e 45/04 fizeram com que fosse cada vez mais clara a tendência “à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”²⁷⁷.

Ocorreu uma valorização da via principal e abstrata de controle na atuação do Supremo Tribunal Federal juntamente com diversas formas que fazem com que as decisões da Corte

²⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*... p. 445.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

²⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*... p. 445.

²⁷⁷ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 264.

(inclusive aquelas proferidas por um incidente de constitucionalidade) assumam uma relevância de efeitos gerais. Tal assunto já foi tratado no capítulo anterior.

A tradição histórica releva um fortalecimento da Corte Constitucional na estrutura judiciária brasileira de modo que à Corte Suprema passa a ser atribuída novas feições no papel institucional que assume nesta perspectiva.

Houve, de modo geral, uma necessidade de ajustamento do Supremo Tribunal Federal às expectativas e às metas colocadas pelos objetivos da Constituição de 1998 e o ativismo foi uma das respostas alternativas da jurisdição constitucional brasileira para o enquadramento do ato²⁷⁸.

3.2. Supremo Tribunal Federal e a sua função política

O protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal a partir da evolução da Constituição de 1988 e a sua imagem perante a população de órgão superior de proteção da Constituição, judicial e aparentemente não político, provocou uma identidade de representação e confiança no supracitado tribunal e não tanto mais nas instâncias do Poder Legislativo. Tal fato naturalmente nos faz repensar acerca do significado da relação entre democracia e justiça constitucional²⁷⁹.

A questão da legitimidade democrática e sua relação com a jurisdição constitucional torna-se mais complexa e delicada quando confrontada com uma análise da recente atuação do Supremo Tribunal Federal que adquiriu contornos de um tribunal de decisões também políticas. Há muito se discute a relação das atribuições do Estado e das funções tradicionais refletidas em cada poder²⁸⁰.

A função política, apesar de ser relacionada fortemente com a legislativa, não se confunde com aquela. Aquela não é espécie desta. Frequentemente, ao exercício de uma

²⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. *A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988*. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Coord.). *Perspectivas da Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012.

²⁷⁹ VIDAL, Janio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea, estudos sobre as tensões entre política e jurisdição*. São Paulo: Podvim, 2009. p. 15.

²⁸⁰ O tema será tratado mais profundamente em tópico futuro, mas vale advertir aqui o apontamento de Nuno Piçarra ao afirmar que: “a ideia de uma atividade ou função estadual não redutível ao Direito, de natureza essencialmente política, não deixou de se fazer sentir paulatinamente ao longo do século XIX, mesmo quando a expressão por excelência do poder do Estado era realmente a lei.”. PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 250.

função política – segue-se – a proclamação do exercício de função legislativa²⁸¹ ou criadora de direito, isto é, nem sempre as duas caminham juntas.

Na linha de pensamento desta função política que aqui nos referimos diz respeito a decisão em temas fundamentais para a preservação do Estado Democrático Social de Direito ou da promoção do bem comum, de forma que a atividade legiferante não está todo tempo relacionada a esses temas fundamentais (vide, por exemplo, as normas de direito privado)²⁸².

O conceito que se pretende delimitar em relação a função política não está relacionado com o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário. Não se trata de uma exclusividade de nenhum desses poderes.

É igualmente uma função do Estado, distinta da tripartição, que diz respeito a atividade exercida pelos órgãos atribuídos pelo texto constitucional no foro de sua competência com o escopo de preservar a sociedade política e de realizar a promoção do bem comum.

Essa visão consiste em determinar, por meio da interpretação de normas constitucionais, aquilo que é interesse público e quais são os instrumentos imprescindíveis para a sua implementação²⁸³.

A função política tem a ver com a escolha ou opção entre as interpretações constitucionais que podem ser dadas a finalidade do Estado e a forma mais adequada para as alcançar. Decisões políticas implicarão necessariamente deliberação – tem a ver com a definição do que fazer e como fazer²⁸⁴ - de questões fundamentais.

O órgão que exercerá a função política possui uma abertura de grande liberdade perante a Constituição, mas isso não implica que haverá todas as vezes uma inovação. Pode ser a confirmação de determinados objetivos sociais e os meios para atingi-los²⁸⁵.

²⁸¹ VALLE, Jaime. *A participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

²⁸² DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Trad. Maria José da Costa. Brasília: UNB, 1979. p. 185.

²⁸³ CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 172 fala da função política como uma atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto está na conservação da sociedade política e a definição e busca do interesse geral por meio da livre escolha dos rumos ou das soluções preferíveis. Também colaciono aqui o entendimento de CANOTILHO que define a função política como “a conformação dos objetivos político-constitucionais mais importantes e a escolha dos meios ou instrumentos idôneos e oportunos para os prosseguir. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*... p. 552.

²⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 189, pp. 85-99, 1992. p. 92.

²⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*... pp. 85-89.

Sobre isso, em se tratando da proteção de direitos fundamentais, não é em todo julgamento que os juízes e Ministros do Supremo Tribunal Federal irão se deparar com o exercício da função política.

No âmbito do tribunal constitucional, ao reconhecer um direito fundamental e social num caso concreto, eventualmente o alcance da norma constitucional poderá ser fixado por meio da concretização de uma disposição constitucional e aí sim estará configurado o exercício da função política. Nessa situação, o interesse público ao interpretar a Constituição é delineado na atividade do Tribunal e não quando o faz pela mera aplicação da norma.

O desempenho da função política pelos tribunais constitucionais implica também em algumas consequências para o sistema institucional. A participação na definição do interesse público é uma delas, acompanhada da escolha de meios para a sua realização.

Uma parte da política estatal passa a ser acolhida pelo tribunal. Tal fato faz com que a função política dos tribunais constitucionais direcione a atividade do Legislativo, Executivo e Judiciário, efetive a legitimidade dos atos infraconstitucionais, participe ativamente da supremacia da Constituição e da sua legitimidade²⁸⁶.

O exame das questões políticas também tem outra consequência de ordem accidental: o fenômeno contemporâneo de que o Supremo Tribunal Federal fica sob os holofotes dos meios de comunicação, o que implica numa pressão sobre os Ministros em prol daquilo que (para os meios de comunicação) é essencialmente correto.

A pressão colocada pelos interesses da audiência pode de alguma forma desvirtuar o processo - mesmo que consideremos legítima a função política exercida pelo Tribunal.²⁸⁷

O que nos interessa debater nesse ponto, entretanto, tem a ver com a função política desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente na sua história recente.

A ideia de que a função política pode ser exercida por um tribunal constitucional deve considerar o debate da possibilidade de violação ao princípio democrático e de limitação ao desempenho desta função.

²⁸⁶ CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A jurisdição constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

²⁸⁷ Este é um tema de complexidade ainda maior, apesar de não ser possível ignorar a influência que podem exercer sobre os Ministros em questões políticas por eles discutidas. Para uma abordagem mais profunda do problema cfr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação?* In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Coord.). *Perspectivas da Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 23-24, p. 24.

Para tanto, far-se-á uma breve apresentação das concepções democráticas de Dworkin para relacioná-las com a possibilidade ou não do exercício da função política do Supremo Tribunal Federal.

3.3 De volta à Dworkin: um olhar sobre a justiça constitucional e a defesa da legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal

Ronald Dworkin, ao conceituar a democracia, analisa duas vertentes, quais sejam: a democracia majoritária e a democracia comunitária. A linha majoritária da democracia diz basicamente que essa, por sua vez, consiste no governo da vontade da maioria. Em outras palavras, a democracia está em conformidade com a vontade do maior número de pessoas e por isso é reflexo das eleições com sufrágio universal ou quase universal²⁸⁸.

É válido ressaltar que a opção da maioria não quer dizer que haverá justiça nas suas decisões, nomeadamente nas questões constitucionais fundamentais relacionadas aos interesses das minorias.

A ausência de certeza de que a maioria escolha os caminhos corretos, a democracia majoritária pode ser considerada injusta. Entretanto, não deve ser considerada menos democrática por esse motivo²⁸⁹.

Por outro lado, Dworkin propõe a democracia comunitária, a qual representa a ideia de que o povo é quem governa a si próprio, tendo em conta cada um dos indivíduos como um parceiro completo num empreendimento político coletivo.

Vale lembrar que isso foi determinado no cenário em que, por exemplo, Dworkin entendia impossível afirmar a existência de uma democracia majoritária completa, visto que o poder da maioria encontrava limites na Constituição.

Analisando as duas correntes supracitadas, infere-se que há um paradoxo entre elas. Esse contraste, por sua vez, diz respeito a finalidade e ao escopo da democracia de forma que determina o debate da maioria como uma teoria acerca da justiça dos resultados de um processo político.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 131.

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?...* p. 131.

Isso determina que a decisão que se alcance seja aquela correspondente aos interesses da maioria, ou ainda, aquela que a maioria chegaria caso tivessem as informações e o tempo necessários para deliberar e refletir sobre²⁹⁰.

Dworkin conclui com a reflexão de que as decisões coletivas que colocam a vontade da maioria dos cidadãos como corretas não é o escopo da democracia.

A noção de democracia está relacionada com a consideração e respeito aos indivíduos da comunidade por parte das instituições políticas dedicadas a tomarem as decisões coletivas²⁹¹. Isso não quer dizer que as decisões não devam ser tomadas pelos políticos eleitos nas eleições populares, mas que é importante considerar a igualdade dos cidadãos frente à soberania da maioria²⁹².

Tome-se como exemplo procedimentos não majoritários que estejam justificados na proteção ou promoção da igualdade de minorias. Uma decisão majoritária não confere, nessa hipótese, um argumento moral favorável àquilo que a maioria decreta.

Ao transpor essa ideia, vê-se que muitas decisões não podem ser tomadas conforme a vontade da maioria, especialmente quando dizem respeito a interesses e proteção de direitos de uma minoria que, ao se depararem com o posicionamento majoritário sobre questões fundamentais morais, não verão a Constituição funcionar para elas.

Nesse contexto, Dworkin coloca a teoria de direitos fundamentais para cumprir o papel de se posicionar como limite às maiorias²⁹³. Dessa forma, Dworkin considera necessária uma leitura moral da Constituição que propõe conjugar o fenômeno da interpretação das normas constitucionais de acordo com os princípios²⁹⁴.

No entanto, a leitura moral põe em questão a soberania do povo frente uma classe privilegiada de juízes que poderiam deliberar sobre questões envolvendo a moralidade política²⁹⁵.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 24.

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge Mass: Harvard University Press. pp. 185, 209-210 (tradução própria).

²⁹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da...* p. 24.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...* p. 568.

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 2.

²⁹⁵ CASTANHEIRA, Neves A. *Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. pp. 276-277.

A leitura moral exerce uma preocupação com a proteção dos direitos fundamentais e os coloca como reflexo dos limites impostos às maiorias democráticas²⁹⁶ para atingir a igualdade no contexto social.²⁹⁷

Dworkin coloca a democracia acima do princípio majoritário, pendente aos interesses das maiorias nas escolhas constitucionais fundamentais e olvida dos direitos da minoria. Logo, a democracia deve considerar os riscos de abusos da maioria e criar mecanismos para impor limites a isso.

Partindo de um ponto de vista moral, a premissa majoritária não seria o método mais adequado para as tomadas de decisões verdadeiramente democráticas. Isso porque pode ser injusta e questionável, além de não garantir a produção da igualdade de influência política em uma comunidade complexa²⁹⁸.

Desse modo, as instituições majoritárias que se conformam como condições democráticas têm suas decisões aceitas por todos e aquelas que não estão adequadas, são consideradas inconstitucionais. Aí entra o Tribunal Constitucional na sua função de guardião da Constituição para declarar a inconstitucionalidade²⁹⁹.

A concepção de Dworkin é afirmar, a partir disso, que não é antidemocrático que o controle seja realizado por um órgão de jurisdição constitucional. Daí então defender a possibilidade de um tribunal constitucional intervir nessas decisões (inclusive, as políticas) e que tal fato faz parte da defesa da democracia.

Dworkin considera o âmbito judiciário como um campo que possibilita uma participação direta do indivíduo da comunidade maior do que a participação efetiva na política, de modo que a discussão judicial acerca de determinado caso constitucional proporciona muito mais o debate sobre questões envolvendo a moralidade política³⁰⁰.

Esse posicionamento, porém, não quer dizer que somente perante o Judiciário é que se torna possível a discussão dessas questões dotadas de alguma relevância para a comunidade. Também considera que os órgãos legislativos se inserem nesse debate como protetores dos princípios de demasiada relevância política para a sociedade.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos...* pp. 132-133.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge Mass: Harvard University Press. pp. 185, 209-210 (tradução própria).

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality...* pp. 187.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26-27.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da ...* p. 26-27.

Dworkin, propõe que a *judicial review* como uma opção adequada para proporcionar aspectos ligados à legitimidade do Estado, de modo que assegura a autonomia ética das minorias.

Nesses termos, o conteúdo constitucional tutela além dos interesses de um grupo majoritário, os direitos das minorias. Isso é realizado por meio do controle de constitucionalidade na revisão judicial e do exercício da função política do Tribunal Constitucional.

Em Dworkin, a revisão judicial terá legitimidade tanto quanto faça com que a comunidade reconheça os valores da igualdade e da liberdade. O fato é que todas as coisas estão sujeitas ao acerto da tomada de decisões, de modo que deverá se cumprir o dever de conceder respostas boas e democraticamente adequadas.

Dworkin defende a legitimidade democrática de um tribunal constitucional que atua impondo limites aos interesses da maioria por meio da proteção e efetivação dos direitos fundamentais para que o judiciário consiga ser suficiente para atingir a implementação dos direitos fundamentais básicos estabelecidos na Constituição.

Dworkin “autoriza” o ativismo judicial quando fala da abertura da interpretação jurisdicional na busca da resposta correta a ser aplicada em cada caso concreto. Isso revela também a supremacia dos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular, inclusive ao considerar determinados valores jurídicos hierarquicamente superiores mesmo quando confrontados com as pressões da maioria.

A parte essencial do pensamento de Dworkin na discussão da legitimidade democrática retorna, dessa forma, ao princípio da igualdade de consideração e respeito.³⁰¹

Isso tudo para dizer que existe uma linha razoável de argumentação que os leva a defesa do caráter democrático e legítimo da atuação do Supremo Tribunal Federal na definição da função política do Estado por ele exercida ao definir interesses públicos e os meios necessários para a sua implementação, com a ressalva da necessidade de um órgão de jurisdição constitucional capaz de defender e proteger esses direitos efetivamente.

De forma ampla, o Supremo Tribunal Federal encontra o fundamento maior da sua legitimidade para exercer função política na Constituição Federal pelo cumprimento da

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 16.

determinação do alcance de normas constitucionais no arranjo institucional conferido pela Carta Magna.

O fato de ser um tribunal voltado à defesa das minorias (contramajoritário), ao cumprir com o ditame de igualdade inerente a própria democracia, também favorece e legitima a sua função política.

3.4. Limites do exercício da função política do Supremo Tribunal Federal

A opção pela Corte Constitucional frente aos demais órgãos de soberania transformou-se num infundável debate na doutrina constitucional brasileira. Isso se justifica porque o Supremo Tribunal Federal imprime, nas decisões dotadas de excessiva carga política, opiniões que podem se sobrepor as escolhas feitas pelo governo e pelo legislativo.

O excesso de politização pode ser também uma ameaça à democracia - da mesma forma que a neutralidade em demasia também pode ser. Por essa razão, torna-se imprescindível compreender a necessidade da existência de limites à Corte Constitucional quando da sua atuação em relação às questões políticas.

A legitimidade que se falou no tópico anterior também se confirma com alguns desses limites. Ou seja, só se considera uma decisão legítima quando motivada e fundamentada, resultante de um processo deliberativo público e em conformidade com a Constituição e a tutela de direitos. A legitimidade, porém, não se esquivava dos limites constitucionais a esse exercício da função política.

A função política é intrínseca à atividade do Tribunal³⁰². Não se discute, portanto, se ele deve ou não a exercer, mas até que ponto essa atuação não ofenderá o esquema institucional num alcance ideal da influência do Tribunal que não esteja a par das necessidades

³⁰² “Quando se diz que o Supremo Tribunal Federal exerce função política, fala-se o que é óbvio. Porque funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público. (...) o exercício da função política não se dá na rotina de suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade de leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e a proteção dos direitos individuais (ou, em expressão mais abrangente, dos direitos públicos subjetivos do indivíduo), com as conceituações da segurança nacional, da ordem econômica etc. Ao manifestar-se, em qualquer dessas matérias, como árbitro de que é a Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declarem que é. FAGUNDES, Miguel Seabra. *As funções políticas do Supremo Tribunal Federal*. In: Sesquicentário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: UNB, 1982. p. 50.

do Estado e também não coloque em risco a democracia que por ora se institui no sistema político-social brasileiro.

Exige-se uma certa sintonia entre a atuação do Supremo Tribunal, as expectativas da sociedade e o respeito aos demais órgãos de soberania do Estado.

Não se pode compreender que o exercício da função política do Supremo por ter uma carga política e proativa seja também discricionária, sobretudo quando a opção do Judiciário substitui as escolhas realizadas (ou por realizar) do legislador. Aqui, o limite reside no respeito aos princípios constitucionais, o que pode ser controlado por meio das exigências de fundamentação e publicidade das decisões judiciais.

Nesse sentido, a orientação de Cappelletti nos afirma que:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. (...) Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar-se, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público³⁰³.

A legitimidade argumentativa dos juízes envolve a especificação das razões e a ponderação realizada ao longo do contexto decisório da fundamentação. O ponto crucial para os limites do exercício judicial nas funções políticas depende das “competências reservadas ao Judiciário no ordenamento constitucional, do caso concreto, da eficácia normativa do direito em exame e da substancial agressão à dignidade humana”.³⁰⁴

É assim que os limites do exercício da função política do Judiciário não visam impedir que a interpretação esteja restrita ao exame do caso concreto, mas que a racionalidade das decisões na pretensão de uma maior deliberação pública exige justamente a ponderação das suas decisões em formato estruturado quando da resolução de conflitos que envolvem a discussão de questões políticas relacionadas especialmente a direitos fundamentais sociais.

³⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* ... p. 98-99.

³⁰⁴ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos Fundamentais Sociais...* p. 327.

3.5. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais: entre a necessidade e os riscos

O Poder Judiciário brasileiro, desde o desenho constitucional disponibilizado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, assistiu a um considerável alargamento do seu rol de competências e da sua atuação no cenário institucional.

Além da interpretação constitucional – por quem é dada a última palavra – o Supremo tornou-se um tribunal atuante na proteção e na promoção de direitos fundamentais.

Por óbvio, essa missão concedeu ao Supremo Tribunal um destaque no contexto nacional, talvez não por ser o Guardião da Constituição, mas por sua atuação consubstanciar também a proteção de direitos e garantias individuais³⁰⁵.

Ao Poder Legislativo é dada a função de elaboração e aprovação de atos legais – nomeadamente aqueles que tratam de direitos sociais. O Poder Executivo, por sua vez, tem como dever a instituição de políticas públicas que visam a garantia aos cidadãos de direitos sociais estabelecidos no texto constitucional.

Grande parte da ausência de efetivação dos direitos fundamentais e sociais tem origem na má opção política de investimentos e de prioridades por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Tal situação impede a efetivação desses direitos e chama ao Poder Judiciário como último socorro para fazer com que garantias sejam concretizadas no contexto real dos cidadãos.

Seguindo essa linha, a omissão, retração, insuficiência ou inadequação do comportamento do Legislativo e do Executivo podem, portanto, influenciar diretamente na inefetividade do cumprimento dos direitos fundamentais e sociais garantidos na Constituição.

Nessa hipótese, a intervenção deixada ao Judiciário e, particularmente, ao Supremo Tribunal Federal, justifica-se por meio da garantia de efetividade desses direitos – saúde, educação, moradia e dignidade, por exemplo.

Apesar da abrangência constitucional em impor todos esses direitos essenciais aos cidadãos, há uma distância entre aquilo que se concebe como ideal garantido pela Constituição e a realidade social – a definição das normas de direitos fundamentais no texto constitucional

³⁰⁵ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *STF e Mutação Constitucional – A ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 125.

não é automaticamente garantia da sua aplicabilidade no que diz respeito a efetivação desses³⁰⁶.

Em outras palavras, a efetividade tem sido deixada de lado e, ao Judiciário, estende-se muitas vezes, a tarefa de assegurar as garantias diante do mau funcionamento dos outros poderes, impondo ao Estado o devido cumprimento dos direitos sociais³⁰⁷.

Nessa linha o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF n.º 45, afirma que:

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal³⁰⁸.

Até aqui, viu-se, muitas vezes em tom crítico, que a utilização exagerada do caminho interpretativo, acompanhado da inovação jurídica marcada por teses criadas pelos Ministros e a promoção de políticas públicas com as suas decisões, impondo também ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo uma atuação efetiva sob pena de sobrepor o papel desse último, utilizando interpretação por analogia, garantem uma autoridade ao Supremo em detrimento dos outros poderes³⁰⁹.

Perante as omissões legislativas que travam o cumprimento de direitos dos cidadãos, o Judiciário parece ser a última instância no que diz respeito a concretização dos direitos fundamentais e sociais.

Não é adequado também que o Judiciário se esquive da responsabilidade de não ser subserviente aos demais Poderes e de dar uma resposta à sociedade quando nenhum outro o faz.

Nas palavras de Cappelletti, destacamos que:

³⁰⁶ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012.

³⁰⁷ Assim, nas palavras de Ailton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen, tem-se que: “Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes dito legitimados, quais seja, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as proteções estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar medidas referentes a direitos sociais, (...) mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito. SILVA, Ailton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. p. 52.

³⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n.º 45. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004.

³⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia...* p. 445.

Esse imperativo do ativismo judicial pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (‘restraint’) ou cautela conservadora dos juízes. Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso de derrogação daquelas ‘virtudes’ – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores³¹⁰.

Para realizar essa missão, entretanto, é preciso que o julgador vá além da mera aplicação estrita do texto, considerando o resultado na prática das suas decisões e adotando uma postura ativista para efetivar os direitos fundamentais.

Apesar disso, o equilíbrio entre o ativismo judicial – afastado, obviamente, do arbítrio judicial -, pode ser uma saída para o diálogo entre os poderes, com a respectiva redefinição dos papéis das instituições democráticas, a partir deste novo quadro de atuação do Supremo Tribunal Federal que não viola, mas ao contrário, garante o texto constitucional quando intervém na garantia do mínimo existencial dos direitos conferidos pela Constituição.

A linha da democracia clama pelo respeito aos procedimentos de criação do direito por meio da representação, mas não impede que, na hipótese de os representantes deixarem de realizar ou realizassem de forma inconstitucional seu trabalho, o Supremo Tribunal Federal intervenha para aliar a sua competência a concretização da Constituição.

Isso tudo, é claro, num ideal de limites da interpretação dada a determinados enunciados normativos e numa atuação pautada na excepcionalidade³¹¹.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais – na forma de condições estruturais definidas na própria democracia – deveriam estar fora das celeumas políticas, protegidos por um órgão independente e capaz de “subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões”³¹².

O Estado Democrático (e social) de Direito define que o Judiciário está atrelado às regras do processo de criação de normas, mas que essas devem estar ligadas a garantia da liberdade e da igualdade.

Dessa forma, ainda que exista o respeito a liberdade de conformação do legislador, o próprio princípio democrático, não obsta, antes autoriza a proteção e promoção judicial dos direitos fundamentais e sociais, desde que amparada em fundamentos constitucionais,

³¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* ... p. 92.

³¹¹ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *STF e Mudança Constitucional...* pp. 126-127.

³¹² BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização.* – 3ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 118.

comunitários e de racionalidade, nomeadamente quando se tratam de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal³¹³.

A possibilidade de o Supremo Tribunal intervir é uma garantia a mais ao respeito dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana que por meio da tutela exercida garante a efetividade dos direitos sociais para evitar que a realização desses direitos esteja comprometida pela atuação ou omissão de um dos outros dois poderes. Nessa linha, a democracia implica justamente na proteção da dinâmica majoritária e contramajoritária nos termos constitucionais³¹⁴.

A tarefa ativa que se propõe ao Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição, garante a possibilidade de iniciativa na proteção, tutela e maximização da efetividade dos direitos fundamentais, sendo, nessa perspectiva, o ativismo uma característica “favorável” do Tribunal para a concretização de tais direitos.

É por este motivo que, limitado pelos parâmetros constitucionais, aos ministros do Supremo, é permitido o controle de constitucionalidade para a omissão ou insuficiência de uma atuação que seja importante para atingir os objetivos constitucionais. Também cabe a Corte a verificação dos motivos que eventualmente podem ter causado uma violação aos direitos fundamentais no caso em análise³¹⁵.

A competência do Supremo Tribunal Federal para funções jurisdicionais não tradicionais revela uma evolução da democracia brasileira e da redefinição dos poderes, que será tratada com mais detalhamento no tópico seguinte.

A ideia de Estado de Direito revela a possibilidade de o sistema judiciário oferecer também uma contribuição para impedir que ações insuficientes ou aquelas em que o Poder Público se manteve omissivo de maneira inconstitucional sejam rediscutidas no seu âmbito, ainda que esses debates sejam políticos com reflexos de criação legislativa.

É importante dizer que a expressão “ativismo judicial” não representa necessariamente a arbitrariedade do julgador. Tal atuação proativa pode se comportar como um aliado do exercício da democracia e da cidadania.³¹⁶ Resta claro que o protagonismo judicial na

³¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 142.

³¹⁴ CLEVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006. p. 36.

³¹⁵ Nestes termos, cfr. COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 297, ao afirmar que “(...) a inconstitucionalidade de uma política governamental pode ocorrer não apenas em razão de sua própria finalidade, mas também por efeito dos meios ou instrumentos escolhidos para a sua realização”.

³¹⁶ NALINI, José Renato. Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009. p. 21.

efetivação dos direitos fundamentais não pode significar a ausência de criticismo do intérprete em relação a força normativa do texto constitucional, sob pena disso representar não o aprimoramento, mas o enfraquecimento da democracia.

Essa necessidade da intervenção do Supremo Tribunal Federal é consequência da carência de políticas públicas efetivas de garantia e proteção dos direitos fundamentais que, ausentes ou insuficientes no cenário do Poder Legislativo e Executivo, buscam abrigo no guardião constitucional.

Neste sentido, colaciono o entendimento bem retratado de Sérgio Cabral dos Reis ao afirmar que:

Em um país em que as estruturas políticas e a democracia são mais formais do que reais, em que os direitos humanos só são concretizados na exata conveniência e capacidade de resistência das elites, o ativismo judicial, adequadamente empregado, além de contribuir para o aprimoramento da democracia, em especial quando estende os efeitos dos direitos fundamentais aos excluídos, não só é desejável, mas necessário³¹⁷.

O ativismo judicial envolve a desconstrução do direito (e não a sua criação) e isso tem um peso muito maior quando se considera a concretização de Direitos Fundamentais.

Nessa linha, é a afirmação de Paulo Brandão ao enunciar que:

Qualquer juiz ou tribunal que pretenda utilizar o fundamento de outro para “construir” outra norma, estará certamente desconstruindo de alguma forma o subsistema de Direitos Fundamentais, do qual deve ser o guardião, e isso funciona como “desconstrução” do Direito. Nesse caso, clara e novamente, o juiz não cria direito.³¹⁸

³¹⁷ REIS, Sérgio Cabral dos. *Ativismo judicial, Efetividade dos Direitos Sociais e Desenvolvimento da Democracia no Brasil*. In: DANTAS, A; CARNIATO, M. e REIS, S (Coord.). *Poder Judiciário e Desenvolvimento Socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT*. São Paulo: LTr, 2012. pp. 162-180, p. 174.

³¹⁸ Sobre a criação de direito no ativismo judicial cfr. “A visão de que o juiz efetivamente cria Direito a partir da construção de norma com caráter geral, é típica do sistema de Common Law, e pode-se dizer que não é excepcional essa criação, posto que é da atividade do juiz nesse sistema criar normas. É verdade que havendo a norma criada no sistema de precedentes, o juiz a ela está vinculado, mas não existindo a norma, o juiz a constrói. De outro lado, pelo instituto do overruling, típico desse sistema, modifica a norma em alguns casos. A questão é que há uma diferença substancial na atividade judicial do juiz do sistema da Civil Law para o juiz da Common Law. Essa diferença, inclusive, determina a forma de criação do Direito como sistema. O legislador da Civil Law (e claro que o Poder Legislativo da Inglaterra e dos Estados Unidos no espaço de suas competências) quando criam as normas o fazem com o sentido de institutos (microsistemas, poder-se-ia dizer) e tendem a dar maior completude do que ocorre quando o juiz constrói a norma (e não o instituto) para resolver um caso concreto. Claro que, neste caso, ele pode e deve levar em consideração o sistema que eventualmente exista, mas se não existir ele terá uma norma isolada e não um instituto”. BRANDÃO, Paulo. *Os Juízes criam Direito? Uma reflexão sobre ativismo Judicial e Direitos Fundamentais*. e-Pública, Lisboa, v. 6, n. 2. pp. 168-187, set. 2019. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2019000200009&lng=pt&nrm=iso Acesso em 18 de setembro de 2020.

A título de exemplo, considere-se o confronto entre a norma de direito fundamental que estabelece a liberdade de expressão na Constituição Brasileira (artigo 5º, IX) e aquela que define que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Quando chega ao Supremo Tribunal Federal o embate dessas duas disposições de mesma posição hierárquica no sistema jurídico, mas que podem chocar-se em determinado caso concreto, cabe aos julgadores definirem a norma de incidência (utilizando a máxima da proporcionalidade ou um método de resolução de conflitos).

Esta competência do Supremo traz consigo o dever de garantir que a norma prevalecente se cumpra caso seja violada e não envolve propriamente criação de caráter geral, mas aplicação da norma resultado da ponderação entre os dois princípios.

Assim, confira o entendimento de Luiz Antônio Freitas de Almeida ao destacar que:

O método ponderativo torna-se legítimo dentro da teoria da separação de poderes e pode ser utilizado na decisão que envolva direitos fundamentais sociais em conflito normativo com outros princípios ou objetivos constitucionais, contanto que os tribunais, sem descuidar da importância de uma base hermenêutica sólida e adequada, desenvolvam uma metodologia de estruturação do exame ponderativo, especialmente pela categorização da jurisprudência feita por standards e níveis de controle, com acréscimo de racionalidade advindo de um limiar epistêmico que dê peso a decisões pretéritas, fruto de ponderação anteriores em casos análogo.³¹⁹

Como o catálogo constitucional prevê os direitos sociais e fundamentais, as questões em torno da sua efetividade encaminhadas ao Tribunal merecem a devida apreciação sem correr o risco da objeção de serem exclusivamente políticas. A deliberação contramajoritária do tribunal na busca pelo “maior gozo possível dos direitos fundamentais” representa a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal no controle jurisdicional.

Nesse ponto, é importante destacar que, a já afirmada legitimidade da jurisdição constitucional para exercer função política na concretização dos direitos sociais, não exclui a crítica referente a instalação de um governo de juízes³²⁰ que deve ser combatida de forma que a atuação do Supremo Tribunal Federal e demais órgãos do Judiciário esteja adstrita aos limites constitucionais e ao equilíbrio de poderes dentro do desenho organizacional do sistema jurídico-político no Brasil.

³¹⁹ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais...* p. 326.

³²⁰ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

3.6. A busca pela releitura entre a separação e interdependência entre as funções dos poderes constitucionais

A democracia constitucional tem um vínculo seguro com a limitação do poder por meio do sistema de proteção a direitos individuais, como a liberdade e a igualdade, e pelo esquema institucional que impede o arbítrio de um poder frente a outro.

Isso tem a força de obstar que a Carta Constitucional e a vontade legislativa estejam a mercê da vontade de um governante ou de um grupo de maneira irrestrita sem que seu trabalho esteja sujeito a algum tipo de controle³²¹.

Essa mesma democracia, para a sua sobrevivência, está adstrita ao processo de evolução e tutela das instituições públicas em aperfeiçoamento para evitar que a tirania impere.

Nesse sentido, o artigo 2º do texto constitucional brasileiro não hesitou em contemplar o sistema de separação de poderes³²². O arbítrio que se pretende conter faz com que o poder se divida em funções típicas e residuais.

Todavia, não são suficientes os controles pela especialização funcional. Existem instrumentos voltados para impedir que as instâncias de poder se isolem. É o que acontece, por exemplo, com a indicação de ministros do Supremo, na qual participa o Presidente da República e o Senado Federal.

O princípio da separação, naturalmente, sofreu adaptações e evoluções no cenário do Estado Democrático de Direito brasileiro. Essa divisão passou a ter linhas muito tênues quanto ao equilíbrio, harmonia e interdependência entre as três esferas, colocando em destaque um *design* institucional que impõe inúmeras interferências em um e noutro naquilo que já há muito se convencionou denominar de sistema de freios e contrapesos³²³.

Da mesma forma que o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal pode representar,

³²¹ ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, vol. 113, nº 3, 2000. pp. 639-640.

³²² Esse princípio tem como objetivo “o controle do poder pelo próprio poder, um sistema de fiscalização e limitação recíprocas, o denominado sistema de freios e contra pesos”. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. *Comentário ao art. 2º*. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et. al. (coords) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

³²³ Canotilho define que: “A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’, e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de divisão de poderes; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de separação de poderes”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 250.

por um lado, a consolidação da democracia, por outro tem como base a instabilidade do esquema democrático representado pela redefinição dos papéis das instituições que representam os poderes, a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal³²⁴.

O sistema se adapta de forma que o desenho constitucional permite ao poder judicial validar e confirmar os atos governamentais e legislativos para a manutenção da supremacia da Constituição.

O papel assumido pelo Supremo Tribunal Federal está em assegurar e guardar a supremacia constitucional. Sem dúvidas, essa é uma função delicada, visto que dotada de imensa carga política quando imposta perante a Corte a solução de conflitos entre órgãos de soberania que estão em igual nível hierárquico ao do Tribunal.

É impossível conceber o princípio da separação dos poderes como uma percepção estabilizada. Isso não se adequa a realidade a qual traz uma dinamicidade das circunstâncias e que se impõem ao sistema democrático com funções adaptáveis que impedem a efetivação rigorosa da separação dos poderes como definia o dogma preconizado pela Revolução Liberal³²⁵.

Nas palavras de Streck e Oliveira “o princípio da separação de poderes não possui uma formulação rígida, universal, padronizada. Sem prejuízo de uma concepção genérica, mundializada, denota particularidades de país para país. É formação cultural”³²⁶.

Tal constatação significa que há a necessidade de uma abertura para reestruturar os arranjos do sistema de separação de poderes conforme as demandas sociais. O momento histórico e a conjuntura de um determinado lugar podem exigir reformas para evitar tensões e garantir o pacto constitucional.

O princípio da separação dos poderes se configura como um pressuposto institucional que define a tutela e efetividade dos direitos fundamentais por carregar em si uma noção interpretativa que permite e estimula a proteção e a realização de direitos fundamentais³²⁷.

A dinâmica permite a realização destes direitos por meio da exigência da sua efetividade pelos cidadãos e entre os próprios poderes de modo que, conforme a denotação de Nuno Piçarra, “a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-

³²⁴ SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *STF e Mutação Constitucional...* p. 126.

³²⁵ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes...* p. 86.

³²⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. *Comentário ao artigo...* p. 149.

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. *Comentário ao artigo...* p. 149.

estadual”³²⁸.

Reescrever a noção institucional do exercício dos três poderes significa que no Estado Constitucional é insuficiente distribuir a forma restritiva ao exercício de uma ou poucas funções dentro do contexto de um dos poderes, considerando a complexidade das múltiplas relações nas respostas para a sociedade.

Isso retrata que, de alguma forma, o desempenho de funções atípicas pelos poderes se substancia como lugar comum, dadas as permissões do funcionamento institucional de cada poder.

Não é mais discutível na doutrina atual essa sobreposição a divisão clássica dos poderes, permitindo, inclusive que o Judiciário exerça funções administrativas e normativas³²⁹. Apesar disso, a reestruturação e a necessidade de realizar uma releitura no sistema de poderes não pode jamais significar a sua destruição.

Colaciono aqui, mais uma vez, o entendimento de Canotilho e Vital Moreira sobre o tema quando afirmam que “um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade institucional”³³⁰.

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes é flexibilizado para que o Estado tenha um funcionamento bom, inclusive no que diz respeito à garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

Entretanto, isso não pode ser um caminho aberto para o enfraquecimento de princípio no sentido da sobreposição exagerada de um poder frente a outro – mesmo que em nome da realização dos direitos fundamentais.

Ainda resta o que se convencionou chamar de “núcleo essencial” destinado às funções de cada poder, de forma que o princípio estruturante e fundamental da separação não seja esvaziado e inútil, respeitando a essência da atividade protagonista que cada um deve exercer, ou seja, há um limite para essa flexibilização³³¹.

³²⁸ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes...* p. 191.

³²⁹ MENDES, Gilmar; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 986.

³³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (Especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.71.

³³¹ “Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.” Considerações acerca da teoria do núcleo essencial, cf. CANOTILHO, Joaquim José. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 559.

No contexto em que o núcleo essencial das funções deve ser preservado, é de muita relevância que os poderes estejam comprometidos entre si para o cumprimento das suas funções para não colocar em risco a efetivação dos direitos fundamentais que podem estar sob a sua competência no exercício da função.

Para que as ações estatais se tornem efetivas é preciso que os Poderes cooperem no desenvolvimento das suas funções de forma concreta e útil. Essa percepção envolve igualmente o respeito das funções e dos espaços de cada poder visando sempre o balanceamento de cada um deles num funcionamento marcado pela engrenagem das peças do Estado.

Todavia, o que acontece muitas vezes é inevitavelmente o contrário: o mau funcionamento das funções dos poderes no âmbito das suas responsabilidades, o que coloca em xeque a harmonia pretendida no Estado Constitucional pelo exercício das funções propostas.

A questão que se impõe é onde e como deve ser o posicionamento dos outros poderes perante a falha e insuficiência do outro, para que a realização de direitos fundamentais, por exemplo, não seja prejudicada, nem que seja pelo preenchimento do “lugar” do outro, ou pela imposição para que àquele poder omissor aja.

Esse é o exemplo clássico, já discutido durante essa pesquisa, do mau desempenho exercido pelo Poder Legislativo que, se omite ou age inconstitucionalmente, e o Poder Judiciário se coloca na sua função para cumprir com as responsabilidades e impedir que a sociedade sofra com o comportamento ruim do legislador, sobretudo quando se trata da proteção de direitos fundamentais.

A judicialização da política e o ativismo judicial apontam para uma expansão do papel do Supremo Tribunal (e também do Poder Judiciário) no Estado. Tal circunstância não permite que o sistema clássico tripartite proposto se consagre como absoluto, o que levanta a necessidade, por ora, de uma atualização da tripartição dos poderes³³².

A crescente omissão legislativa e a crise da representatividade política colocam a tutela dos fatos sociais em risco no que diz respeito a efetivação de direitos constitucionais básicos³³³.

³³² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 34.

³³³ Cfr. nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132. Neste voto, o Ministro teceu críticas ao Congresso Nacional pela sua ineficiência na regulamentação dos direitos dos homossexuais afirmando que o Supremo não faria o mesmo: “Se o judiciário é chamado para fazer algo que

O poder de legislar com as transformações do Estado contemporâneo passou a ser mais volátil entre os poderes da mesma forma que ao Poder Judiciário foi dada a competência de dizer o direito no caso concreto.

A atipicidade de funções do Estado gera uma necessidade de adequação do entendimento da repartição de poderes como “um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado”³³⁴. Isso proporciona a limitação do exercício arbitrário e o bom funcionamento da atuação estatal, observando os direitos fundamentais.

A nova interpretação da teoria da separação de poderes se consubstancia mais numa colaboração de poderes, conforme afirma José Afonso da Silva. O autor segue exprimindo que a independência dos poderes se revela na investidura e permanência dos cargos do Executivo, independentemente da vontade dos outros poderes, na liberdade de organização dos serviços, respeitadas as disposições constitucionais e legais³³⁵.

Entretanto, as inovações do Judiciário permitem que exerçam funções interpretativas e legiferantes que podem estar em harmonia com os outros poderes pelo exercício mútuo e cooperado das prerrogativas, que não podem ser absolutas³³⁶.

A relativização dos três poderes no Estado Brasileiro está definida como meta nos objetivos fundamentais da República, razão pela qual a atividade do Estado deve ser interpretada como parâmetro de controle da própria atividade dos órgãos que compõem a estrutura do poder no seu tríplice aspecto.

Não obstante as atividades do Legislativo e do Executivo serem legitimadas pela finalidade da democracia representativa, também ao Poder Judiciário é garantida a legitimação da sua competência decisória acompanhada do seu espaço político no Estado Democrático de Direito³³⁷.

A nova realidade de constantes mudanças, cada vez mais rápidas, impõe uma compreensão contemporânea própria da forma de estrutura do Estado.

O Judiciário não é um mero realizador do ordenamento jurídico, mas um adaptador da

o setor político não faz, é óbvio que devemos dar uma resposta positiva, mas me limito a reconhecer a existência dessa reunião por aplicação analógica do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros andamentos.

³³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais...* p. 34.

³³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 111.

³³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional...* p. 111.

³³⁷ PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social: Revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manoli, 2002. pp. 53-56.

realidade móvel, conformando-a nos termos legais e constitucionais, o que implica um perfil de atuação ativo dos magistrados³³⁸.

A readequação da tripartição dos poderes é imprescindível no Estado Democrático Social de Direito. A concretização de direitos fundamentais exige que haja uma ampliação de poderes envolvendo a interferência política também no âmbito do Poder Judiciário.

É óbvio que as funções consideradas atípicas de cada poder não podem se fazer de forma descontrolada e ilimitada, devendo estar tais atividades subordinadas pela manutenção dos limites morais, éticos e teleológicos que conduzem à ideologia do Estado³³⁹.

Um detalhe importante de se destacar é que, apesar do sistema de freios e contrapesos ser instituído para aplicação da tripartição de poderes e das suas atividades típicas e atípicas, essa estrutura não se demonstra verdadeiramente adequada para a realidade de tutela de direitos coletivos, difusos e transindividuais que foram alargados após a Constituição de 1988.

Não significa dizer, contudo, que agora a superioridade é do Poder Judiciário frente aos outros, mas que a sua participação em alguns momentos (até mesmo aqueles que envolvem instâncias de poder político) com a sua respectiva intervenção seja necessária para cumprir com os ditames constitucionalmente estabelecidos.

A atuação dos juízes do Supremo coloca em evidência emblemáticas discussões sociais demonstrando o desenvolvimento de direitos fundamentais nos processos discutidos pela Suprema Corte.

A readequação de poderes no panorama democrático pode legitimar a judicialização da política e o ativismo judicial, desde que não esteja envolto de uma supremacia que coloque os juízes e, principalmente os ministros da Corte Constitucional em uma posição elevada frente às outras instâncias.

O próprio mecanismo de separação dos poderes fica sujeito ao redesenho das atividades jurídicas, nomeadamente no que diz respeito a produção de decisões iminentemente políticas sobre a necessidade de se proteger e garantir os direitos fundamentais.

A relevância do controle de constitucionalidade e da atuação proativa dos juízes,

³³⁸ Nestes termos afirma-se que a inflexibilidade que marca a separação de Poderes num presidencialismo concede força à ideia de que um árbitro dos conflitos entre o Legislativo e Executivo precisa existir, sobretudo no que diz respeito ao controle constitucional dos atos destes dois poderes. Considera-se, por um lado, que o STF assume relevância mais destacada neste sistema político porque é o órgão mais qualificado para compor a solução destes conflitos, juntando-se a ele também os juízes e tribunais estaduais e federais pela forma difuso-incidental de controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos. ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política*...pp. 60 e seg.

³³⁹ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. Harvard Law Review, vol. 113, nº 3, 2000, p. 8

mesmo que a priori represente um confronto com os outros poderes, tornou-se um fator para o fortalecimento da democracia, seja por inibir a prática de atos abusivos dos preceitos fundamentais, seja pela correção da omissão e das falhas dos responsáveis por cumprir a Constituição.

A postura intervencionista de concessão de direitos políticos e sociais aos cidadãos precisa ser concebida com limites claros de atuação em relação ao ato de interpretação normativa, mesmo quando envolvem garantias de acesso aos direitos fundamentais.

Nesses termos:

O poder necessita se reinventar para que o Estado possa oferecer de fato segurança, promoção do bem-estar e efetividade de soluções para estes novos problemas (...) que satisfatoriamente não estavam sendo respondidos pelos demais poderes³⁴⁰.

E aí se levanta a questão de saber até que ponto, com que intensidade e de que forma a atuação do poder legislativo contribui, interfere ou pode evitar que o poder judicial extrapole seus limites e atue de forma ativista.

O controle do poder não termina no sistema de divisão do poder. Isso se verifica melhor quando é possível averiguar que as competências, na verdade, encontram-se dissolvidas no próprio sistema constitucional: tanto porque estão divididas conforme a natureza das funções, tanto em razão de uma divisão vertical e federal entre a União, Estados e Municípios e, ainda, pelas características do exercício de funções incluídas num limite temporal e quantitativa, a distribuição de suas competências competência no exercício de uma função em qualquer dos poderes do Estado e níveis da Federação.

³⁴⁰ ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria, 2013. p. 180.

CONCLUSÃO

A pesquisa que aqui se desenvolveu buscou responder a problemática da efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário brasileiro a partir de uma análise dos contornos do ativismo judicial. O estudo realizado demonstrou ser de muita importância para expor algumas críticas relativas ao papel dessa prática ativista, considerando, sobretudo, a sua interferência no princípio da separação de poderes. Isso não significa dizer que o ativismo do Judiciário é sinônimo de abuso de direito. Tal fenômeno em si pode se comportar como uma ferramenta para concretizar os direitos fundamentais quando não alcançados pelo legislador dentro dos parâmetros e limites estabelecidos no contexto do Estado Democrático de Direito.

Tendo isso em consideração, a construção feita para alcançar alguns resultados expôs o caráter normativo e impositivo que a Constituição passou a ter e, consequentemente, demonstrou-se que era necessário que as suas disposições fossem respeitadas e obedecidas pelo Poder Público e pela sociedade. A efetividade constitucional depende também de uma jurisdição constitucional que seja capaz de interpretar e argumentar o sentido constitucional no momento da sua aplicação.

Tal relação fica explicitada quando tratamos dos Poderes constituídos e do Poder Constituinte, determinando que o último tem a capacidade de estabelecer uma nova ordem política, a qual será materializada no texto constitucional que cria os demais poderes constituídos. Esses, por sua vez, irão atuar num sistema de equilíbrio de competências vinculados a Constituição.

O sistema de separação de poderes passa a ser analisado desde a sua origem até algumas perspectivas do funcionamento hodierno sob a ótica também do ativismo judicial, objeto de estudo desta pesquisa. No tocante ao ativismo judicial, conclui-se que a sua relação se dá entre o controle do Poder Judiciário frente ao Legislativo e do Poder Judiciário frente ao Executivo, dada a importância que o poder jurisdicional assumiu nos últimos anos dentro de um conceito de Estado de Direitos Fundamentais, sobretudo com a necessidade de efetivação dessas garantias e atendimento aos princípios e valores, nem sempre observado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

E como desenvolvemos uma problemática voltada para o questionamento da concretização ou não dos direitos fundamentais, foi fundamental perceber a relação estabelecida

entre os direitos fundamentais e a supremacia da Constituição, relacionando o processo de construção desses direitos e a sua respectiva efetividade no cenário social a partir do estabelecimento do texto constitucional como valor supremo do ordenamento jurídico.

Aprofundando ainda mais a temática e já em preparação para a discussão do Poder Judiciário e o ativismo judicial, foi oportuno tratar dos direitos fundamentais sociais e do princípio da reserva do possível, relacionando-os num contexto dicotômico em que todos os órgãos e agentes públicos têm como função maximizar as verbas e reduzir o impacto da reserva do possível, ainda que seja necessária. Concluiu-se que o instituto da reserva do possível não poderá ser um obstáculo intransponível a intervenção judicial, sendo utilizada como uma escusa geral para fundamentar eventuais falhas do Estado na efetivação de direitos fundamentais.

Apresentou-se, então, a relação que a efetivação dos direitos fundamentais possui com o ativismo judicial e a respectiva atuação do Poder Judiciário. Para tanto, realizou-se uma análise do conceito de ativismo judicial e as correntes que o definem para que só a partir de então a pesquisa pudesse avançar para a análise dos limites e possibilidades do ativismo judicial no Estado Constitucional.

Nesse ponto, interessante notar que a presente investigação buscou desmistificar a noção de que o ativismo judicial é propriamente um conceito “ruim”. Foi possível perceber que, a partir dessa postura de protagonismo assumida pelos magistrados, pode se revelar um caminho que combata a inércia dos outros poderes na efetivação de direitos fundamentais. Isso, obviamente, não afasta a crítica que se faz ao longo de toda esta pesquisa de que, fora dos parâmetros constitucionais, o ativismo judicial pode configurar uma ofensa ao princípio da separação de poderes, a concentração de competências na mão dos juízes, usurpando as funções atribuídas ao Executivo e ao Legislativo.

Exemplo melhor para demonstrar o perigo do ativismo judicial e para o fenômeno que se convencionou chamar judicialização da política está no contexto brasileiro, onde habitam inúmeros casos da atuação “ativista” de magistrados. Tratou-se, nessa linha, do protagonismo exercido principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal acerca de inúmeras questões controversas e da decisão sobre desacordos morais razoáveis, questionando-se a partir daí os limites da atuação expansiva da jurisdição constitucional e alertando para o eminente risco da “juristocracia”.

Seguindo esse pensamento, buscou-se estabelecer um equilíbrio entre a inerente função de criação normativa do juiz e a tênue linha da transformação dessa mesma criação normativa

em abuso ou invasão da competência do Poder Judiciário ao Poder Legislativo. Nesse sentido, coube ressaltar o fato de que a interpretação faz parte da atividade judicial e é envolta pela capacidade de criatividade na atividade judicial. Essa, por sua vez, não pode ser absoluta, devendo estar sujeita a um limite em torno da narrativa judicial.

Após essas considerações, o trabalho se dignou a envolver de maneira ainda mais aprofundada o tema do ativismo judicial direcionando-se mais especificamente para o Brasil e os recentes acontecimentos por meio da atuação do Supremo Tribunal Federal e a respectiva interferência do ativismo no conceito “tradicional” de separação de poderes. Para tanto, demonstrou-se como a atividade da Corte Constitucional migrou da autocontenção para o ativismo numa breve digressão histórica desse processo. Também se tratou da função política do Supremo, levantando o debate da possibilidade de violação ao princípio democrático quando do seu exercício e de limitação ao desempenho desta função.

Na continuação da problemática, optou-se por falar acerca da compreensão de Ronald Dworkin em torno da discussão sobre a justiça constitucional e a legitimidade democrática aplicada ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Desse modo, inferiu-se que o Supremo assenta a legitimidade para exercer função política na própria Constituição Federal por meio da necessária efetivação das normas constitucionais no arranjo institucional conferido pela Constituição. A característica contra majoritária do Tribunal como alicerce democrático para a defesa das minorias é também um fator que confere legitimidade a sua função política.

Viu-se nisso tudo que o impasse do ativismo judicial é encontrar um ponto de equilíbrio merecedor de harmonizar as necessidades em relação ao ativismo como instrumento para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e os riscos dessa mesma ferramenta ser utilizada de forma abusiva pelos magistrados em prol de colocar as suas preferências nas decisões e atropelar a competência legislativa, quando não tiver legitimidade para tal.

Por último, porém sem a pretensão de esgotar o tema, fez-se uma breve releitura da teoria da separação de poderes que, numa visão moderna, passa a ser flexibilizada para garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Entretanto, não significa dizer que um poder pode ser exacerbado a ponto de enfraquecer o outro, ainda que isso signifique a realização dos direitos fundamentais.

Diante de todo o cenário, é possível afirmar que os limites para que o Judiciário exerça uma função política não tem como finalidade restringir a atividade criativa judicial na

concretização de direitos fundamentais, mas impõe a necessidade do seguimento de parâmetros para que as decisões sobre conflitos que envolvem a discussão de questões políticas e efetivação de direitos fundamentais sejam avaliadas dentro do Estado Democrático de Direito e com respeito ao princípio da separação de poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: Congresso Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, vol. 113, nº 3, 2000.
- ALENCAR FILHO, José Geraldo. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial. Estudo dos motivos determinantes e limites da interpretação judicial*. Recife: Nossa Livraria, 2013. p. 180.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Bogotá: Universidad Ext. de Colômbia, 2003.
- ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurisdicional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Farias Editor.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p 71-91, jan./mar. 2009.
- BELLAMY, Richard. *The political form of the constitution: the separation of Powers, Rights and Representative Deocracy*. Political Studies Association. Cambridge. MA 02142. USA, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 3ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao/constituicao.htm

BRANDAO, Paulo. *Os Juízes criam Direito? Uma reflexão sobre ativismo Judicial e Direitos Fundamentais*. e-Pública, Lisboa, v. 6, n. 2. pp. 168-187, set. 2019. Disponível http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2019000200009&lng=pt&nrm=iso

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição Constitucional e intranquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (Especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *A jurisdição constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *A supremacia dos direitos fundamentais no Estado Constitucional*.

CASTANHEIRA, Neves A. *Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CLEVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, jan.-mar. 2006.

COMIN, Fernando da Silva. *A objeção da reserva do possível na ponderação de direitos fundamentais*. In: Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional. Organizadores: David Duarte, Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo de Tarso Brandão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Trad. Maria José da Costa. Brasília: UNB, 1979.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo*. In: Revista CCJ, ano 16, n 31, dezembro de 1995. pp. 92-101. Disponível em <http://www.bucalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf>

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge Mass: Harvard University Press.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*. New York: Oxford University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge Mass: Harvard University Press.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *As funções políticas do Supremo Tribunal Federal*. In: Sesquicentário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: UNB, 1982.

FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Votam os magistrados nos processos mais políticos de acordo com as linhas partidárias subjacentes à sua designação?* In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Coord.). *Perspectivas da Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012.

GAIER, Reinhard. *Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*. In: Conselho da Justiça Federal, II Seminário Internacional Brasil – Alemanha, Thompson Flores, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 27, 2011.

GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria do custo dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Maria Luíza de Carvalho (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachussetts: Havard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. Annual Review of Political Science, v. 11, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1138008>

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KESKE, Henrique Alexander Grazi; MARCHINI, Veronica Coutinho. *A criminalização da homofobia no Brasil: Análise jurisprudencial e doutrinária*. Revista Prâksis. Novo Hamburgo, a. 16, n. 2, mai/ago, 2019.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Walter Stonner (Trad.). São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. In: STJ: Dez anos a serviço da justiça: Doutrina. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate*. Estudantes Caderno Acadêmico. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

LOCKE, John. *Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil*. Lisboa: Edições 70, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In: Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Pedro Moniz. *Uma incursão nos modelos teóricos de criação judicial de direito a partir de «Los Jueces ¿Crean Derecho?» de Eugenio Bulygin*. In: LOPES, Pedro Moniz. *Estudos de Teoria do Direito*. Lisboa, AAFDL, 2018.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017.
- MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 189, p. 85-99, 1992.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *As sentenças com efeitos aditivos*. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.). *As sentenças intermediárias da justiça constitucional: Estudos Luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional – O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NALINI, José Renato. Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2014.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.
- OTERO, Paulo. *A crise do Estado de direitos fundamentais*. In: MARTINS, Yves Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OTERO, Paulo. *A crise do Estado de direitos fundamentais*. In: MARTINS, Yves Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais*

com múltiplas dimensões. Disponível em:
<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social: Revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manoli, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2009.

PETER, Christine Oliveira. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 5, n. 2, 2015, pp. 63-89.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *A evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a constituição de 1988*. In: MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (Coord.). *Perspectivas da Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012.

REIS, Sérgio Cabral dos. *Ativismo judicial, Efetividade dos Direitos Sociais e Desenvolvimento da Democracia no Brasil*. In: DANTAS, A; CARNIATO, M. e REIS, S (Coord.). *Poder Judiciário e Desenvolvimento Socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT*. São Paulo: LTr, 2012.

ROACH, Kent. *The myths of judicial activism*. Supreme Court Law Review. Vol. 14, 2001. p. 299. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1144766>

ROCHA, Thiago dos Santos. *O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência constitucional alemã para a jurisprudência constitucional brasileira*. In: O direito atual e as novas fronteiras jurídicas. 1 ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *STF e Mutação Constitucional – A ampliação de poderes da Suprema Corte por suas próprias decisões*. Curitiba: Juruá, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Organizadores: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SGARBOSSA, Luis Fernando. *Crítica à teoria dos custos de direitos: vol.1: Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2010.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. Qu'est-ce que letierséat?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Nanci de Melo e. *Da jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais*. In: X Aniversário do Tribunal Constitucional. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030214.html?impressao1>.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. *Comentário ao art. 2º*. In CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. (coords) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: New York University, 1995.

VALLE, Jaime. *A participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERÍSSIMO, Marcos P. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira*. Revista Direito GV, v. 4.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Janio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea, estudos sobre as tensões entre política e jurisdição*. São Paulo: Podvim, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v. 4, 2008.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Candido. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte, 2011.

WALDRON, J. *Derecho y desacuerdos*. Tradução. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, J. *A essência da oposição ao Judicial Review*. In: BIGONHA, A. C. A. e MOREIRA, L. Legitimidade da jurisdição constitucional. Tradução de Adauto Vilela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A lei, o direito e a Constituição*. Traduzido por Antonio Rocha. Disponível em: <http://tribunalconstitucional.pt/tc/textos>.

ZAGREBELKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.

